DIE GEWÄHRLEISTUNGSPFLICHT DES SCHENKERS WEGEN MANGELS IM RECHT

NACH GEMEINEM RECHT UND BÜRGERLICHEM GESETZBUCH.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

GROSSHERZOGLICHEN LANDESUNIVERSITÄT ROSTOCK

VORGELEGT VON

KONRAD GUTMANN

REFERENDAR.

BERLIN 1903.

DRUCK VON CARL ROSEN, BERLIN SW. 19, BEUTH-STRASSE 2.

Meiner lieben Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0088

Inhalt.

Einleitung.

Seite

§ 1. 7

1. Kapitel: Gemeines Recht.

1. Abschnitt.

Die Gewährleistung bei gewöhnlichen Schenkungen.

§ 2. Allgemeines 11

A. Die Frage nach der Existenz der Gewährleistungspflicht.

§ 3. I. Die donatio dando 12

II. Die donatio promittendo.

§ 4. 1. Die verschiedenen Ansichten 17

§ 5. 2. Die Untersuchung der Quellen 20

§ 6. Fortsetzung 22

§ 7. Fortsetzung 23

§ 8. 3. Prüfung des gewonnenen Ergebnisses 30

§ 9. **B. Inhalt der festgestellten Gewährleistungspflicht** 34

§ 10. **C. Voraussetzungen für die Geltendmachung des Anspruchs auf Gewährleistung** 36

2. Abschnitt.

§ 11. Betrachtung einiger besonders gestalteter Fälle der Schenkung

I. Die donatio remuneratoria 37

II. Die donatio sub modo 39

III. Die donatio mortis causa 41

2. Kapitel: Bürgerliches Gesetzbuch.

1. Abschnitt.

Die Gewährleistung bei gewöhnlichen Schenkungen.

§ 12. Vorbemerkung 43

A. Die Zuwendung von dem Vermögen des Schenkers zugehörigen Gegenständen.

§ 13. Die Voraussetzungen der Haftung 44

§ 14. Der Umfang der Haftung 47

B. Das Versprechen erst zu erwerbender Gegenstände. Seite

§ 15. Die Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht 49
§ 16. Der Inhalt der Gewährleistungspflicht 52

§ 17. **C. Vereinbarungen der Parteien** 59

§ 18. **D. Kritik** 60

2. Abschnitt.

§ 19. Besondere Arten der Schenkung.

I. Die Schenkung unter einer Auflage 62
II. Schenkungen von Todeswegen 63
III. Die Schenkung einer Erbschaft 64

Einleitung.

§ 1.

I. Eine Regel von weittragender Bedeutung ist der Satz des römischen und so auch des gemeinen Rechts: nemo plus juris ad alienum transferre potest quam ipse habet. Es wird damit ein Gedanke ausgesprochen, der durchaus den Anforderungen der Logik und strengen Rechtskonsequenz entspricht: wer von mir ein Recht ableitet, kann es nicht mit einem reicheren Inhalt von mir überkommen haben, als es mir selbst zustand, und wenn mir überhaupt jegliches Recht ermangelt, so kann der Uebertragungsakt das nicht bestehende Recht auch nicht selbstschöpferisch erschaffen, natürlich von den Fällen abgesehen, wo ich aus der Fülle meines Rechts jemandem eine daraus fliessende Berechtigung durch konstitutive Uebertragung zuwende, z. B. als Eigentümer einen Niessbrauch, wo auch, aber nur formell, eine Neuschöpfung stattfindet.[1])

Jenes Prinzip war nicht gerade dazu angetan, die Bedürfnisse eines entwickelteren Verkehrs zu befriedigen; denn es legte jedem Erwerber, wenn anders er das ihm vertragsmässig zukommende Recht wirklich erwerben und sich vor den Folgen einer mangelhaften Rechtsstellung behüten wollte, den Zwang auf, sich sorgfältigst über die Existenz des zu übertragenden Rechts zu vergewissern. Suchte man auch die Härten jenes Satzes dadurch etwas zu mildern, dass man dem gutgläubigen Erwerber einer Sache in dem s. g. publizianischen Besitz eine ihn wenigstens gegen nicht besser Berechtigte schützende Position zuerkannte, so ging man doch nicht soweit, besagtem Prinzip untreu zu werden und einer dem deutschrechtlichen Grundsatz: „Hand muss Hand wahren" entsprechenden Auffassung Geltung zu verschaffen. Vielmehr konnte der Berechtigte seine Ansprüche ungeachtet der Uebertragung und gleichgültig, ob dieselbe in gutem oder bösem Glauben erfolgt war, siegreich durchfechten. Wollte man nun nicht den Erwerber einen Schaden tragen lassen, der seinen Grund doch nur in der mangelhaften Rechtsverschaffung seines auctor hatte, was

[1]) Dernburg, Pand. I, S. 184.

allen Forderungen der Gerechtigkeit Hohn gesprochen hätte, so musste man ihm einen Schadensersatzanspruch gegen jenen gewähren.

Dieser Anspruch stützte sich zumeist auf eine gerichtliche Abstreitung der übertragenen Sache, weshalb man in der gemeinrechtlichen Literatur den zu leistenden Ersatz allgemein als Eviktionsleistung zu bezeichnen pflegte. Doch wurde damit eben nur der Hauptfall getroffen; denn unzweifelhaft trat auch sonst eine Haftung des Veräusserers ein, wenn infolge seines mangelhaften Rechtes den Erwerber Vermögensnachteile trafen, sei es nun, dass der Erwerber anderweit durch Beerbung oder sonst unentgeltlich das Eigentum an der Sache erlangte, wodurch z. B. der gezahlte Kaufpreis sich als eine unnütze Ausgabe herausstellte, sei es, dass er den Eigentümer durch Abfindung zum Verzicht auf seine Ansprüche bewog.

Diese Fälle haben das gemeinsam, dass hier ein Berechtigter vorhanden ist, der vermöge seines Rechts dem Erwerber den erworbenen Gegenstand entzieht oder doch dazu in der Lage ist oder gewesen ist. Es muss nun der Kreis der hierher gehörigen Fälle noch etwas weiter gezogen werden. Einmal kann dem Erwerber der volle Genuss seines Rechts durch die Existenz eines dinglichen, nicht die Befugnis zur Besitzentziehung gewährenden Rechts verkümmert werden, z. B. durch Grundgerechtigkeiten, derentwegen der Verkäufer allerdings nicht schlechthin haftete, oder durch Reallasten.[2]) Zweitens kann es auch sein, dass überhaupt eine Kollision mit dem Berechtigten regelmässig ausgeschlossen ist, weil er durch die Vereinbarung der beiden Kontrahenten gar nicht berührt wird; so, wenn ich jemandem eine mir nicht zustehende Forderung oder ein anderes Recht cediere. Es ist natürlich auch in solchen Fällen nicht mehr als billig, den Erwerber gegen seinen auctor Regress nehmen zu lassen.

Ueberall handelt es sich hier um einen Mangel im Recht, den vernünftigerweise derjenige zu vertreten hat, der das volle zugesicherte Recht wegen seiner eigenen mangelhaften Rechtsstellung nicht zu verschaffen vermochte. Wir sehen also, dass diese Gewährleistung (sc. wegen Mangels im Recht) weit über die eigentliche Eviktionsleistung hinausgreift, und können sonach die Verpflichtung zur Gewährleistung charakterisieren als die Pflicht, dafür einzustehen, dass dem Erwerber das ihm nach dem Inhalt des Vertrages gebührende Recht in vollstem Umfange verschafft werde.

---

[2]) Dernburg. Pand. II, S. 273.

II. Dass diese ganze Lehre von den römischen Juristen gerade im Anschluss an den Kauf entwickelt wurde, kann keinen Grund bilden, ihre Anwendung auf den Fall des Kaufs zu beschränken, wie auch allgemein anerkannt ist, dass z. B. der Tausch, der Vergleich, die Hingabe an Erfüllungsstatt ihren Grundsätzen unterliegen. Ueberhaupt ist die Gewährleistungspflicht eine selbstverständliche Folgeerscheinung der onerosen Geschäfte, während das für die lukrativen nicht ohne weiteres wird behauptet werden können. Dies ist in der verschiedenen Natur der beiden Geschäftsarten begründet; denn bei dem Erwerb ex causa onerosa hat der Erwerber selbst eine Aufopferung aus seinem Vermögen zu machen, so dass er eine empfindliche Einbusse erleiden müsste, wenn ihm das Aequivalent dafür nicht zuteil werden würde. Beim lukrativen Erwerbe dagegen ist nur das in Frage, ob er den in Aussicht gestellten Gewinn wirklich machen werde; von einer positiven Vermögensschädigung ist hier in der Regel keine Rede; es handelt sich also dabei nur um ein lucrum cessans, nicht um ein damnum emergens.

Diesem Charakter der lukrativen Geschäfte gesellt sich bei der Schenkung noch eine besondere Eigenart hinzu, die lebhafte Zweifel daran erwecken muss, ob dem Schenker die Verpflichtung zur Gewährleistung obliegt; denn wer schenkt, tut dies aus freien Stücken, keinem rechtlichen Zwange unterworfen, nullo jure cogente, wie es in den Quellen heisst.[3]) Er hat deshalb auf eine schonendere Behandlung begründeten Anspruch und kann verlangen, nicht in unterschiedsloser Weise zur Gewährleistung herangezogen zu werden.

Die geschilderte handgreifliche Verschiedenheit zwischen onerosen und lukrativen Geschäften nimmt nun Brinz[4]) zum Ausgangspunkt für eine weniger einwandsfreie als einfache Entscheidung der hier zu behandelnden Frage. In Pauli Rec. Sent. II 17 § 1 ist nämlich ausgesprochen, dass der Verkäufer, der nicht der Eigentümer der verkauften Sache war, mit der auctoritatis actio auf Eviktionsleistung „pretio accepto" in Anspruch genommen werden könne: „aliter enim non potest obligari." In dem Erfordernis des pretium acceptum findet er nun einen Ausdruck des Gedankens, dass nur, wer zu einer Gegenleistung verpflichtet ist und dieselbe auch bewirkt hat, einen Anspruch auf Gewährleistung zu erheben in der Lage sei, dass folglich bei unentgeltlichen Zuwendungen, wie der Schenkung, davon keine Rede sein könne.

Dass diese Auffassung sehr gewagt, ihre Begründung aber durch Berufung auf die zitierte Stelle zweifellos unrichtig ist,

[3]) l. 29 pr. D. de don. 39, 5.
[4]) Pand. II, S. 337, Anm. 14.

dürfte ohne weiteres erhellen; denn es ist doch klar, dass der Grund, weshalb erst nach gezahltem Kaufpreis der Käufer gegen den Verkäufer vorgehen kann, nicht sowohl darin zu finden ist, dass ohne die allgemeine Bedingung einer vollzogenen Gegenleistung ein Anspruch auf Gewährleistung undenkbar ist, als vielmehr darin, dass der Käufer selbst erst seine Pflicht erfüllen soll, bevor er den Verkäufer mit einem solchen Anspruch behelligt.

III. Dem eigenartigen Charakter der Schenkung trägt natürlich auch das Bürgerliche Gesetzbuch Rechnung. In welcher Weise das geschieht, wird an einem anderen Orte darzustellen sein. Hier ist nur zu zeigen, welche Anwendungsfälle nach B.G.B. überhaupt für eine eventuelle Gewährleistungspflicht in Betracht kommen.

Den oben besprochenen Satz des römischen Rechts hat das B.G.B. begreiflicherweise nicht adoptiert, sich vielmehr in diesem Punkt, um die Sicherheit des Verkehrs zu erhöhen, dem deutschen Recht angeschlossen (vgl. besonders die §§ 892, 932, 935, 936, 1032 u. a.). Hiernach erlangt, was insbesondere die beweglichen Sachen angeht, der gutgläubige Erwerber auch durch eine Verfügung des Nichtberechtigten Eigentum oder was es sonst für ein Recht sein mag, es müsste denn eine dem Berechtigten gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Sache in Frage stehen. Doch ist dieser Grundsatz wieder für unentgeltliche Zuwendungen, daher auch besonders für Schenkungen durch die Bestimmung des § 816 Abs. I S. 2 durchbrochen worden, wonach der Berechtigte, dem gegenüber die unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam ist, einen Bereicherungsanspruch auch gegen denjenigen hat, der durch die Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt, also auch gegen den Beschenkten. Ob zwischen diesem Fall und den anderen Fällen, wo die Verfügung dem Berechtigten gegenüber keine Wirksamkeit hat, bezüglich der Gewährleistungspflicht eine Verschiedenheit obwaltet, wird sich uns unten ergeben.

1. Kapitel: Gemeines Recht.

1. Abschnitt.

Die Gewährleistung bei gewöhnlichen Schenkungen.

§ 2. Allgemeines.

Der Inhalt einer Schenkung kann höchst verschiedenartig sein. Herkömmlich ist der daher genommene Einteilungsgrund, welcher die Erscheinungsformen einer Schenkung unter die Gesichtspunkte des dare, obligare oder promittere und liberare bringt. Zunächst ist wohl klar, dass die donatio liberando für unsere Betrachtung ausscheidet; denn wie es hier überhaupt zur Frage nach der Gewährleistung kommen könnte, dürfte schwer vorzustellen sein, mag sie nun in dem Erlass einer dem Schenker zustehenden Forderung oder in der Befreiung von der Forderung eines Dritten bestehen.[5])

Bleibt also nur die donatio dando und die donatio promittendo, welch letztere die Begründung einer Forderung des Beschenkten gegen den Schenker zum Inhalt hat, so dass die daraufhin erfolgende Leistung sich nur als die Befriedigung des dem Beschenkten zugewendeten Anspruchs darstellt. Dass hierbei eine Gewährleistung in Frage kommen kann, ist selbstverständlich; nur bezieht sie sich natürlich nicht auf die aus dem Schenkungsversprechen unmittelbar entspringende Forderung, bei der ein Rechtsmangel undenkbar ist, sondern auf das auf Grund derselben Geleistete.

Grosse Mannigfaltigkeit bezüglich ihres Gegenstands weist schliesslich die donatio dando auf, die in der Uebergabe einer Sache, in der Bestellung oder Uebertragung eines dinglichen Rechts, in der Cession einer Forderung u. a. m. bestehen kann.

Im Anschluss hieran möge darauf hingewiesen werden, dass die Fälle, wo ich jemandem ein nur angeblich, in Wirklichkeit aber überhaupt nicht bestehendes Recht, sei es nun ein dingliches Recht oder eine Forderung, schenkungsweise übertrage, uns hier nicht interessieren; denn in solchen Fällen kann man unmöglich einen Mangel im Recht für vorliegend erachten, der doch begrifflich die

---

[5]) Metz, Haftung f. Eviktion bei Schenkungen und Vermächtn. Erlang. Inaug.-Diss., scheint allerdings S. 10 Anm. 2 die Möglichkeit eines solchen Falles ins Auge zu fassen, ohne sich aber darüber weiter zu verbreiten, was ihm wahrscheinlich auch nicht leicht gefallen wäre.

Existenz eines Gegenstandes voraussetzt, bezüglich dessen nur gerade dem Verfügenden die Fähigkeit einer vertragsmässigen Rechtsverschaffung fehlt.

Wohl aber wäre ein Fall, bei dem die Frage nach der Gewährleistung w. M. i. R. praktisch werden kann, dann gegeben, wenn das betreffende Recht zwar existiert, aber nicht dem Verfügenden zusteht. Dieser Fall ist mit dem Fall auf eine Linie zu stellen, wo ein Nichteigentümer eine körperliche Sache[6]) veräussert. Ebenso kann es auch sein, dass das veräusserte Recht nur mit einem andern Recht, z. B. einem Pfandrecht, belastet ist, so dass dadurch dem Erwerber doch nicht der ihm gemäss des Inhalts des Vertrages gebührende Genuss zuteil wird.

In allen diesen Fällen haben wir es mit einem juristischen Mangel zu tun, der dem Gegenstand der Verfügung anhaftet. Und was besonders die Forderung betrifft, so wird in jeder exceptio, die ihr wirksam entgegengesetzt werden kann, die Analogie der Eviktion[7]) einer res corporalis zu erblicken sein.[8])

Zu erwähnen ist noch, dass eine Forderung, wie auch andere Rechte, der sei es speziell sei es generell bestimmte Gegenstand eines Schenkungsversprechens sein kann.

Wegen der gleichen Behandlung, die man der Schenkung eines Rechts nach dem Gesagten angedeihen zu lassen hat, können wir von ihr im Folgenden ganz absehen und unsere Besprechung auf die Schenkung einer Sache beschränken.

A. Die Frage nach der Existenz der Gewährleistungspflicht.

I. Die donatio dando.

§ 3.

1. Uebereinstimmung herrscht darüber, dass derjenige, der durch sofortige Hingabe der Sache die Schenkung vollzieht, keine Gewährleistung schuldig ist. Das ist auch eine selbstverständliche Forderung der Billigkeit. War er doch in keiner Weise dazu verpflichtet, die Sache zu übergeben; wie sollte er also dadurch, dass dem Beschenkten die Möglichkeit unangefochtenen Behaltens und

---

[6]) Der Klarheit wegen gebrauchen wir hier den Ausdruck „körperliche Sache", obgleich das B.G.B., dessen Sprachgebrauch wir ja auch rückwärtshin für das gemeine Recht wirken lassen können, die körperlichen Gegenstände schlechthin als „Sachen" bezeichnet, § 90.

[7]) Die Ausdrücke Eviktion, Eviktionsleistung etc. werden sich in der Darstellung nicht leicht vermeiden lassen, da sie in der gemeinrechtlichen Literatur eingebürgert sind, in der sie meistens auch nur a fortiori gebraucht werden.

[8]) Schliemann, Haftung des Cedenten, S. 68.

freier Dispositionsbefugnis nicht gewährt ist, zur Beseitigung dieser Folgen angehalten werden können![9]) Er schenkt die Sache, wie er sie hat, und der Gedanke, dass er durch ihre Tradition die Haftung für ihren ungestörten Genuss übernimmt, liegt ihm vollständig fern. Daraus ergibt sich auch, dass er nicht einmal für die Kosten, die der Beschenkte auf die evinzierte Sache verwendet hat, ihm Ersatz zu leisten braucht, zumal derselbe regelmässig in der Lage sein wird, einen darauf zielenden Anspruch dem evinzierenden Eigentümer gegenüber mittels der exceptio doli generalis zur Geltung zu bringen. Diese Auffassung finden wir deutlich bestätigt in l 18 § 3 D de donationibus 39, 5:

> Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere.

2. Allerdings können auch aus einer real vollzogenen Schenkung Ansprüche gegen den Schenker hervorgehen; aber dazu reicht die blosse Tatsache, dass geschenkt worden ist, niemals aus; vielmehr treten dann stets besondere Gründe hinzu, die erst eine Haftung zur Folge haben können.

Ein solcher Grund liegt zunächst darin, dass er die Mangelhaftigkeit seiner Rechtstellung arglistig verschweigt. l 18 § 3 D l. c.: Plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit. Der erforderliche dolus wird dann vorliegen, wenn Schenker trotz seiner Kenntnis von der wirklichen Rechtslage den darüber im Irrtum befindlichen Empfänger nicht aufgeklärt hat, obgleich er sich dessen bewusst war, dass dem Beschenkten daraus Vermögensnachteile erwachsen können. Damit ist schon der Umfang seiner Verbindlichkeit bezeichnet. Er haftet nicht etwa auf das volle Erfüllungsinteresse, sondern, worauf schon die actio de dolo und der ganze Zusammenhang der citierten Stelle unzweifelhaft hindeuten, nur auf Beseitigung der Folgen, die in dem ver-

---

[9]) „Wo vor dem Geben eine Verpflichtung zum Geben nicht bestand, da besteht auch, nachdem die Erfolge des Gebens durch Eviktion vernichtet sind, keine Verbindlichkeit zu weiterer Leistung." So Bekker in seinen und Muthers Jahrbüchern, Bd. 6, S. 246. Er geht dabei davon aus, dass die Eviktion den Schein der Leistung zerstört (S. 233), und kann folglich eine Eviktionsleistungspflicht nur da anerkennen, wo die Verpflichtung zu einer Leistung bestand, da die Eviktion nicht als solche eine Verbindlichkeit erzeuge, sondern nur dartue, dass durch die evinzierte Leistung eine bestehende Leistungspflicht nicht aufgehoben sei (S. 245). Man wird dem im allgemeinen beitreten können und nur für den Kauf, für den Bekker obige Auffassung ebenfalls verficht, eine Ausnahme statuieren müssen, was hier nicht weiter zu verfolgen und worüber das Nähere zu vergleichen ist bei Windscheid, Pand. Bd. II, S. 632 Note 32.

übten dolus ihre Ursache haben, d. h. also auf Ausgleichung des Vermögensschadens, den der Beschenkte durch nicht ersetzte Aufwendungen für die Sache, durch Transportkosten, Prozesskosten etc. erlitten hat.

Ob culpa lata ebenfalls eine Ersatzpflicht des Schenkers nach sich ziehen kann, ist zweifelhaft. Trotz der Regel: lata utique culpa dolo comparabitur glauben wir die Frage verneinen zu müssen; wenigstens kann im Fall der culpa lata von der actio de dolo keine Rede sein. Sicherlich verfehlt ist es aber, hier mit der Iheringschen Theorie von der culpa in contrahendo operieren zu wollen,[10]) da der Tatbestand unseres Falles doch von Grund auf verschieden ist von dem derjenigen Fälle, auf die Ihering seine Theorie zur Anwendung bringen will.

3. Zweitens kann eine Verbindlichkeit für den Schenker durch eine besondere Haftungsübernahme begründet werden. Dies ist ausdrücklich ausgesprochen in l 2 C. de evict. 8, 44:

> Quoniam avus tuus cum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione scilicet hereditatis. Nudo autem pacto interveniente minime donatorem hac actione teneri certum est.

Wenn hier dem nudum pactum jede Wirksamkeit versagt wird, so erklärt sich das daraus, dass es sich um ein Reskript von Severus und Caracalla handelt, zu deren Zeit ein klagbares Versprechen im allgemeinen nur in der Stipulationsform abgegeben werden konnte. Für das gemeine Recht, das im Prinzip die Klagbarkeit formloser Verträge anerkannt hat, muss natürlich ein nudum pactum als durchaus zulässig erachtet werden.

Wie mit dem eben erörterten, aus l 2 C. 8, 44 unmittelbar sich ergebenden selbstverständlichen Grundsatz eine Stelle in den Sentenzen des Paulus, nämlich lib. V. tit. 11 § 5, in Einklang zu bringen sei, hat viel Kopfzerbrechen verursacht. Die Stelle lautet:

> Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur, nec eo nomine si promiserit oneratur, quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa juris ratione depellitur.

Hiernach kann ein Schenker nicht dazu gezwungen werden, wider seinen Willen ein Eviktionsversprechen zu leisten, und auch wenn er es getan hat, so haftet er dennoch nicht, ein Satz, der allerdings mit dem besprochenen Reskript in einem auffallenden Widerspruch steht. So wünschenswert es auch wäre, die Anti-

---

[10]) Wie das Blohm, Eviktionsleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen, Göttinger Inaug.-Diss., tun will.

nomie aus der Welt geschafft zu sehen, so müssen doch die gemachten Vereinigungsversuche als misslungen bezeichnet werden. Weder kann man mit Cujacius (Comm. ad h. t. Cod, ad l 2) das „promiserit" von einem pactum nudum verstehen, weil das der Gedankengang der Stelle gar nicht zulässt, und weil dann gerade das, worauf es eigentlich ankommt, nicht ausgedrückt wäre; noch können wir uns mit der gewaltsamen Emendation Schultings einverstanden erklären, der statt „s i promiserit" „n i s i promiserit" lesen will, weil auch sie der erste der eben gemachten Vorwürfe trifft. Am verführerischsten erscheint es, mit Salkowski (bei Glück Bd. 49 S. 75) vor „promiserit" das an der Spitze des Satzes stehende „invitus" zu ergänzen, so dass die Stelle den Sinn bekäme: „Der Schenker darf nicht zum Eviktionsversprechen gezwungen werden und haftet auch nicht, wenn er invitus, also durch Klage dazu genötigt, promittiert hat." Aber auch dieser Erklärung können wir nicht zustimmen; denn ist es an sich schon unwahrscheinlich, dass ein Richter den Beklagten, dem keine Rechtspflicht oblag, de evictione zu promittieren, hierzu verurteilt, und dass Paulus sich über diesen vielleicht möglichen, sicher aber höchst seltenen Fall ausdrücklich geäussert haben soll, so würde doch ausserdem für die Unverbindlichkeit eines so erzwungenen Versprechens die Begründung näher gelegen haben, dass eben jeder Zwang zur Leistung eines Eviktionsversprechens verpönt sei und darum die erzwungene Abgabe desselben keine Rechtswirkungen äussern könne, als sich auf das eigentümliche Wesen der Schenkung zu berufen, wie das in dem Schlusssatz geschieht.

Uebrigens sieht sich Salkowski zu dieser Auslegung deshalb genötigt, weil er bei der fraglichen Stelle an ein Schenkungsversprechen denkt, bei dem natürlich die Unwirksamkeit eines freiwilligen Eviktionsversprechens noch exorbitanter erscheinen müsste als bei einer durch Hingabe vollzogenen Schenkung. Da wir jedoch für eine donatio promittendo in der Stelle selbst keinerlei Andeutung finden und auch den von Salkowski a. a. O. angegebenen Grund nicht für ausschlaggebend halten können, so liegt für uns erst recht keine Veranlassung vor, uns seiner Erklärung anzuschliessen.

Wir erkennen vielmehr den Widerspruch zwischen den beiden Stellen offen an, indem wir natürlich die Ansicht des Paulus als ganz unhaltbar verwerfen, den dabei übertriebene Rücksichtnahme auf den Schenker bestimmt haben mochte. Wahrscheinlich[11]) hat

[11]) Damit soll nicht etwa gesagt sein, dass im Fall des Nichtvorhandenseins dieses Grundes die Aufnahme erfolgt wäre, sondern nur, dass, wenn überhaupt die Aufnahme der Stelle in Erwägung gezogen sein sollte, sie aus diesem Grunde sicher unterblieben wäre.

sie auch ihrer Abwegigkeit wegen keine Aufnahme in das Justinianische Gesetzbuch gefunden, wobei daran erinnert sei, dass sie schon auf Grund dieser Tatsache für das gemeine Recht keine Geltung beanspruchen könnte.

Schliesslich möge noch einer höchst eigentümlichen Auffassung Bekkers (a. a. O. S. 246 und 247) Erwähnung getan werden, zu der ihn allein die beiden widersprechenden Stellen gedrängt zu haben scheinen, da er sonst schwerlich darauf verfallen wäre. Er unterscheidet zwei verschiedene Arten, wie eine Eviktionsleistungspflicht übernommen werden kann: einmal so, dass sich mit der Hingabe der Sache ein auf Gewährung des Eigentums daran gerichtetes Schenkungsversprechen verbinde, als dessen Erfüllung die konkurrierende Tradition erscheine; und zweitens so, dass der Schenker für den Fall der Eviktion eine neue Leistung verspreche, wobei also „genau besehen, zwei Schenkungen vorliegen, ein einfaches Geben und ein bedingtes Versprechen". Der Sentenz des Paulus soll die erste Art, dem Reskript das Bild einer Doppelschenkung zu Grunde liegen. Dass diese Unterscheidung überaus gekünstelt ist und zu nichts führt, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung.

Was den Umfang einer besonders übernommenen Haftung anlangt, so ist natürlich in erster Linie der zum erkennbaren Ausdruck gelangte Wille der Parteien massgebend. Wie aber, wenn sich hierüber nichts Bestimmtes ermitteln lässt? Haftet dann der Schenker auf das volle Erfüllungsinteresse oder bloss darauf, dass die Schenkung dem Beschenkten keinen positiven Vermögensschaden verursacht? Wir meinen, die Frage im Sinne der ersten Alternative beantworten zu müssen; denn wer schlechthin zu haften verspricht, wird wohl dabei weniger an die Möglichkeit etwa zu ersetzender Kosten als vielmehr daran denken, dass dem Beschenkten der unverkümmerte Genuss der Sache sichergestellt werden solle.[12])

4. Es fragt sich endlich noch, ob nicht ein stillschweigendes Garantieversprechen darin liegt, dass die geschenkte Sache „als fremde" geschenkt wird, d. h. dass die Eigenschaft der Sache als

---

[12]) Anders Fabian, die Gewährleistungspflicht des Schenkers, Erlang. Diss. S. 8, der zwischen donatio dando und don. promittendo unterscheiden und bei der ersten den Schenker nur für den positiven Schaden haften lassen will, indem er sich dabei, jedoch mit Unrecht, auf Selkowski a. a. O., S. 75 beruft.

Puchta, Vorlesungen II, S. 227 meint, dass der Schenker, wenn er versprochen hat, für das habere licere haften zu wollen, im Fall der Eviktion nur den Wert der Sache zu ersetzen habe, ohne seine Ansicht näher zu begründen.

einer fremden nicht allein beiden Beteiligten bekannt ist, sondern dass bei ihrer Tradition ausdrücklich darauf hingewiesen wird, mit dem Resultat, dass nun jeder von der Kenntnis des anderen weiss. Zwar wird man im allgemeinen behaupten dürfen, dass bei solchem Tatbestand die Absicht des Schenkers darauf gerichtet sein wird, dem Beschenkten den dauernden und ungestörten Besitz der Sache zu verschaffen und ihn im Fall ihrer Entziehung schadlos zu halten;[13]) doch darf andererseits nicht verkannt werden, dass es Fälle gibt, wo die Gesamtheit der Umstände die Abwesenheit einer solchen Absicht deutlich erkennen lassen, so z. B., wenn ich jemandem die von mir einem anderen gestohlene Sache schenke, wobei allerdings fraglich ist, ob nicht eine solche Schenkung als contra bonos mores nichtig ist, oder wenn ich eine gefundene Sache verschenke.

5. Man wird vielleicht auch dann eine Haftungsverbindlichkeit annehmen müssen, wenn der Schenker unter der ausdrücklichen Behauptung, dass er das Eigentum an der Sache habe, sie dem Beschenkten übergibt; mindestens aber wird man diesem, wenn er im Vertrauen auf die Erklärung des Schenkers die Sache angenommen hat, einen Anspruch auf Ersatz des ihm erwachsenen damnum emergens zuerkennen müssen.[14])

II. Die donatio promittendo.

§ 4. 1. Die verschiedenen Ansichten.

Zu den zahlreichen Streitfragen des gemeinen Rechts, die, von den Glossatoren angeregt, sich durch die Jahrhunderte forterbten, ohne je die verdiente Ruhe finden zu können, gehört auch die Frage nach der Eviktionsleistungspflicht des Schenkers bei einem Schenkungsversprechen.

Mehrere Versuche sind zur Lösung der Frage unternommen worden, ohne dass es einem beschieden gewesen wäre, dem Streite der Meinungen ein definitives Ende zu machen.[15])

1. Von den drei darüber aufgestellten Ansichten geht die der Glossatoren[16]) dahin, dass bei der donatio promittendo der Schenker stets für die Eviktion zu haften habe, während sie ihn bei der

---

[13]) Windscheid, Pand. II § 366 No. 4 und Hartmann, Die Obligation, S. 200.

[14]) Es ist übrigens zu bemerken, dass die in diesem Paragraphen entwickelten Grundsätze auch bei dem Schenkungsversprechen Anwendung finden, soweit sich nicht für dasselbe aus den nachstehenden Ausführungen ein anderes ergibt.

[15]) vgl. Glück, Bd. 20, S. 237 ff.

[16]) Glossa zu: l 18 § 3 D. 39, 5; l 1 Cod. 5, 12; l 2 Cod. 8, 44; § 2 J. 2, 7.

donatio dando für die Regel von jeder Gewährleistungspflicht freisprechen: „Ita demum teneri denatorem, si non a datione sed a praecedenti pactione donatio coeperit.“ Sie begründen diese Ansicht damit, dass für die dos das Prinzip einer in dieser Weise geordneten Haftung in der l 1 Cod. de jure dot. 5, 12 ausgesprochen sei, und dass man, weil die Bestellung einer dos als eine Art Schenkung aufzufassen sei, im Wege der Extensiv-Interpretation zu dem gleichen Grundsatz für die Schenkung überhaupt gelangen müsse.

Die Anhänger der Glossatorenmeinung, unter denen hauptsächlich Bartolus (Comm. ad l 18 D. de donat.) zu nennen ist, machten daneben besonders noch geltend, dass, wer ein Schenkungsversprechen abgebe, eine Verbindlichkeit übernehmen wolle, die aber im Fall der Eviktion sich als nicht erfüllt erweise, so dass er noch weiter verpflichtet bleibe.

Die Ansicht der Glosse war während des Mittelalters die herrschende und fand noch einen letzten Verteidiger an Benedikt Carpzov. Sie wurde dann infolge der sich gegen sie erhebenden lebhaften Opposition gänzlich zum Schweigen gebracht, bis sie in der jüngsten Vergangenheit wieder von Bekker im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts Bd. 6 S. 251 aufgenommen wurde, jedoch mit einer abweichenden Begründung, indem er besonders die Berufung auf l 1 C. de jure dot. 5, 12 als verkehrt verwarf.

2. Dei zweite Theorie,[17]) deren Hauptvertreter Duaren und Donellus (Comm. ad C. 2 Cod. 8, 44) sind, lehnt jegliche Gewährleistungspflicht des Schenkers schlechtweg ab. Sie hält es mit dem Wesen der Schenkung für gänzlich unvereinbar, den Schenker, dem doch seine Liberalität nicht zum Schaden gereichen dürfe, für die Entwehrung haften zu lassen. Ein vorzügliches Kampfmittel gegen die Meinung der Glosse gewährte ihr die bei dieser im Vordergrund stehende Verwertung der für die dos geltenden Grundsätze; denn es kann doch gar keinem Zweifel unterliegen, dass die dos nicht als eine Art Schenkung qualifiziert werden kann, da sie bloss eine Beisteuer bildet zur Bestreitung der onera matrimonii. Zwar ist nicht in Abrede zu stellen, dass sie eine Schenkung darstellen k a n n, nämlich wenn ein nicht dazu Verpflichteter für die Frau ein dos bestellt, ohne sich die Rückgabe nach Auflösung der Ehe auszubedingen.[18]) Aber darin liegt doch nur

[17]) Ihr haben sich angeschlossen: Thibaut, Civilistische Abhandl. S. 48 bis 64. Savigny, System des heutigen röm. Rechts IV, S. 121. Koch, Recht der Forderungen Bd. II, S. 407 Anm. 24. Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen II, S. 524. Brinz, Pand. II, S. 337 Anm. 14. Dernburg, Pand. II, S. 293 Anm. 6. v Wächter, Pand. II, S. 468, Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II, S. 590. Blohm, Eviktionsleistung, S. 23.

[18]) Vgl. Dernburg, Pand. III, S. 24.

eine Schenkung an die Frau und nicht an den Mann,[19]) während die Glosse in jeder Dosbestellung eine Schenkung an diesen erblickt.

3. Der Duarenschen Meinung gegenüber bildete sich seit Ende des 18. Jahrhunderts eine dritte Ansicht, die immer mehr an Boden gewann, so dass sie heute wohl als die herrschende bezeichnet werden darf. Und zwar war es zuerst der nachmalige Kanzler Koch,[20]) der eindringlich die Idee verfocht, dass es für die Frage nach der Verpflichtung des Schenkers zur Eviktionsleistung einzig und allein darauf ankomme, ob eine individuell bestimmte Sache, eine species, oder ob eine nur generisch bestimmte Gegenstand der Schenkung sei. Im ersten Falle sei von einer Haftung für Eviktion keine Rede, während sie allerdings für den zweiten Fall behauptet werden müsse. Als dritten Fall fasst Koch noch die von ihm s. g. donatio mixta ins Auge, die dann vorliege, wenn man aus einer bestimmten Masse oder Menge eine Sache verspreche; sie stehe in der Mitte zwischen der donatio speciei und der donatio generis, so dass sie von der letzteren die Eviktionsleistungspflicht überhaupt, von der ersteren die Beschränkung derselben auf die bestimmte Quantität entlehne. Damit entfällt auch für uns die Notwendigkeit, auf diese Art der Schenkung im weiteren Verlauf der Darstellung Rücksicht zu nehmen, wenigstens soweit die Existenz der Gewährleistungspflicht überhaupt in Betracht kommt.

Aus den hier geschilderten Grundzügen der Kochschen Ansicht ergibt sich, dass sie nicht sowohl auf die Verschiedenheit des Schenkungsaktes, wie die Glossatoren, als vielmehr auf die Art des geschenkten Gegenstandes das entscheidende Gewicht legt. Doch kann auch sie natürlich die Unterscheidung von donatio dando und donatio promittendo nicht entbehren, weil ja die Schenkung einer nur generisch bestimmten Sache immer nur in der Form des Schenkungsversprechens möglich ist, da die donatio dando die Unbestimmtheit ihres Gegenstandes mit begrifflicher Notwendigkeit ausschliesst.

Um noch einmal die Hauptunterschiede zwischen der Meinung der Glossatoren und der Kochschen Theorie dem praktischen Ergebnisse nach zusammenzufassen, so haftet der Schenker nach der Ansicht der Glosse stets im Fall eines Schenkungsversprechens, während Koch nur, wenn eine generisch bestimmte Sache versprochen wird, den Schenker für Eviktion einstehen lässt.[21])

---

[19]) l 19 D. de obl. et act. 44, 7.

[20]) In seiner Dissert.: De evictione non indistincte praestanda, 1756, 2. Ausgabe 1774.

[21]) Der Ansicht Kochs sind beigetreten: Schweppe, Jur. Magazin, 1. Bd. 1. Heft S. 145 ff., Glück, Pand. XX, S. 256 ff., v. Vangerow, Pand. III § 610

§ 5. 2. Die Untersuchung der Quellen.

1. Die Vertreter der Duarenschen Ansicht berufen sich zur Rechtfertigung derselben auf die bereits oben (S. 13) angeführte l 18 § 3 D de donat. 39, 5, wo sie das Prinzip voller Verneinung jeglicher Gewährleistungspflicht des Schenkers schlechthin ausgesprochen finden.[22]) Dem ist aber entschieden entgegenzutreten; denn es liegt doch absolut kein Grund vor zu der Annahme, dass in der Stelle auch der Fall eines Schenkungsversprechens mit getroffen werden sollte. Vielmehr sprechen schwerwiegende Gründe dafür, dass darin allein von einer donatio dando die Rede ist.[23]) Darauf deutet zunächst der dort gebrauchte Ausdruck „donare", welcher der eigentliche terminus technicus für die durch sofortige Hingabe der Sache vollzogene Schenkung ist. Das wird bewiesen durch die Definition des Paulus in l 35 § 1 D de mortis causa donat. 39, 6: „Donatio dicta est a dona quasi dono datum." Ein weiteres Zeugnis liefert l 1 pr D de don. 39, 5:

> Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur.

Zur Bezeichnung des Schenkungsversprechens dagegen reden die römischen Juristen von „donationis causa promittere" (l 22 D. h. t.), von „ex causa donationis stipulanti spondere" (l 23 D. h. t.) oder von „ex causa donationis promittere" (l 30 D. de re iudicata 42, 1).

Auch der Zusammenhang, in dem jene Stelle sich findet, weist auf die von uns gegebene Auslegung hin, da in der l 18 durchgehend von donationes dando gesprochen wird: so heisst es in § 1: „si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas" und in § 2: „si donationis causa in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur". Wäre es da nicht höchst sonderbar, wenn in dem sich anschliessenden § 3 nicht gleichfalls nur eine donatio dando gemeint sein sollte?

Aus der l. 18 D de don. wird man hiernach keinen Beweisgrund gegen die anderen Theorien entnehmen können.

Anm. 2, Windscheid, Pand. § 366 No. 4, Baron, Pand. S. 125, Sintenis, Civilrecht, S. 554 Anm. 5, Wendt, Pand. S. 178, Schliemann, Haftung des Cedenten, S. 39, Mommsen, Erörterungen II, S. 75, Metz, Haftung f. Eviktion, S. 9, Fabian, Gewährleistungspfl. d. Schenkers, S. 24 ff., Hartmann, Die Obligation, S. 200, Anm. 4, Liebe in Weiskes Rechtslexikon IV, S. 827.

[22]) So Thibaut a. a. O. S. 52, Savigny, System IV, S. 121, Dernburg, Pand. II, S. 293.

[23]) Vgl. Glück XX, S. 260 ff.

2. Dasselbe muss aber auch für die gleichfalls schon (oben S. 14) citierte l 2 C. de evict. 8, 44 gelten, die ebenso jeden Anhaltspunkt dafür vermissen lässt, dass sie nicht nur auf eine donatio dando, sondern auch auf eine donatio promittendo bezogen werden müsse.

3. Noch weniger ist man berechtigt, ja es erscheint geradezu unverständlich, sich, wie das Thibaut[24]) tut, um die Ablehnung jeder Haftpflicht des Schenkers zu begründen, auf die l 131 § 1 D de verb. obl. zu beziehen:

> Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus Titio traditus sit, nihilo minus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur: nam interest eius, quia mandati actione fundum recepturus sit a Titio. Sed si donationis causa Titium interposuit, dicetur traditione protinus reum liberari.

Der Tatbestand des Falles ist doch klar. Ich stipuliere, dass mir oder dem Titius ein Grundstück übergeben werde. Quaeritur: kann ich nach seiner Uebergabe an den Titius noch ein Eviktionsversprechen vom promissor begehren? Natürlich; denn Titius ist bloss zur Empfangnahme berechtigt und kann von mir mit der actio mandati directa auf Herausgabe belangt werden, so dass ich also ein dringendes Interesse daran habe, das Grundstück nicht evinziert zu sehen. Mein Anspruch fällt jedoch fort, wenn ich das Grundstück dem Titius zum Geschenk machen wollte; dann, heisst es, „traditione protinus reum liberari".

Wo steht da etwas davon, dass der Beschenkte vom Schenker keine Eviktionsleistung fordern könne? Dazu müsste doch meines Verhältnisses zu Titius gedacht sein. Es ist aber bloss davon die Rede, dass nach Tradition des Grundstücks an den Titius der Schuldner nicht weiter in Anspruch genommen werden könne, und zwar, so haben wir zu ergänzen, weder von mir, weil ich dabei nicht interessiert bin, noch von Titius, da er als solutionis causa adjectus keine Klage gegen den Promittenten hat. Darüber jedoch, ob ich dem Titius verhaftet bin, findet sich in der Stelle nichts, und wenn wir eine Antwort auf die Frage zu geben hätten, so könnte sie selbstverständlich nur Nein! lauten; denn es liegt zweifellos eine donatio dando vor, bei der als Schenkungsakt sich die Tradition der Sache seitens des Promittenten an den Titius darstellt, und nicht ein Schenkungsversprechen, da doch die Person, die verspricht, nämlich der „reus", nicht schenkt, und die Person, die schenkt, nämlich ich, nicht verspricht.

---

[24]) a. a. O. S. 53.

§ 6. Fortsetzung.

Bekanntlich war in der vorjustinianischen Zeit das Schenkungsversprechen nur klagbar, wenn es in die Form der Stipulation gekleidet war. Durch die l 35 C. de donat. 8, 53 [25]) hat nun Justinian auch dem formlosen Schenkungsversprechen, dem pactum donationis, Klagbarkeit verliehen, indem er im § 5 der l 35 bestimmte:

> ..... ex lege nostra necessitatem ei imponi, etiam tradere hoc quod donare existimavit, ut non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non traditae sunt, nec confirmetur ex traditione donatio, sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo res vel partem substantiae, quam nominaverit, vel totam substantiam tradere.

Hierdurch wird dem Schenker die Verpflichtung auferlegt, sein Versprechen zu erfüllen, und zwar nicht etwa in dem Sinne, dass die Tradition der versprochenen Sache dem Versprechen erst seine Rechtswirksamkeit geben solle, sondern im Gegenteil, dass sie nur als die notwendige Wirkung der kraft der gesetzlichen Sanktion bereits an sich vollwirksam bestehenden Liberalität aufzufassen sei.

Aber ist denn hier nicht ausdrücklich gesagt, dass dem Schenker nur die Pflicht zum „tradere" obliege, und wird er damit nicht von jeder Gewährleistungspflicht für befreit erklärt, da er doch seiner Traditionsverbindlichkeit genügt hat, auch wenn er eine fremde, nachher evinzierte Sache übergeben hat? Das wäre jedoch ein etwas voreiliger Schluss; denn bei einer so allgemeinen Bestimmung, wie sie hier getroffen ist, musste doch ein Wort gewählt werden, das alle einschlägigen Fälle umfasst und nicht bloss den Fall trifft, wo mit dem blossen „tradere" noch nicht alles Erforderliche getan ist.

Dass also der Schenker n i e für Eviktion haftet, kann aus dem § 5 nicht geschlossen werden. Vielleicht aber lässt sich daraus ein Argument gegen die Glossatorenmeinung herleiten; denn es müsste in der Tat auffällig erscheinen, wenn Justinian bei dem Schenkungsversprechen eine Eviktionsleistungspflicht stets anerkannt und gleichwohl nur den farblosen Ausdruck „tradere" gebraucht hätte. Wir verkennen nicht, dass es Fälle eines Schenkungsversprechens gibt, wo auch nach der Glossatorenmeinung aus in der Sache selbst liegenden Gründen von einer Verpflichtung zur Eigentumsübertragung keine Rede sein kann, so, wenn ich jemandem verspreche, ihm einen Niessbrauch zu bestellen. Aber das sind doch immerhin seltene Fälle gegenüber denjenigen, in welchen man schlechthin eine Sache verspricht. Es ist daher anzunehmen, dass Justinian,

---

[25]) Vgl. zum Folgenden Bekker a. a. O. S. 248 u. 249.

sollte in diesen letzteren Fällen wirklich stets eine Eviktionshaftung Platz gegriffen haben, sich wohl des Wortes „tradere“ auch im Zusammenhang des § 5 nicht bedient hätte, in dem allerdings, wie zugegeben sei, zunächst nur die Verbindlichkeit des formlosen Schenkungsversprechens hat festgestellt werden sollen.

Für die Ansicht, dass das Schenkungsverfahren als solches eine Eviktionsleistungspflicht begründet, wird man sich auch nicht mit Bekker (a. a. O. S. 249) auf den § 2 J. de donat. 2, 7 berufen dürfen, wo es heisst:

> .... et ad exemplum traditionis nostra constitutio (i. e. l 35 C. h. t.) eas (nämlich donationes) etiam in se habere necessitatem traditionis voluit.

Hierin finden wir nichts weiter ausgedrückt als den Gedanken, dass ebenso, wie der Verkäufer zur Tradition der gekauften Sache, der donator zur Uebergabe der geschenkten Sache verpflichtet sei. Für die Annahme einer weitergehenden Parallelisierung der beiden Obligationen und der daraus folgenden Statuierung einer Gewährleistungspflicht für jeden, der ein Schenkungsversprechen abgibt, bietet die Stelle durchaus keinen genügenden Anhaltspunkt.

§ 7. Fortsetzung.

1. Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist dahin zu bezeichnen, dass weder für die Duaren'sche Ansicht noch für die Glossatorenmeinung sich ein Beweis aus den Quellen erbringen lässt, und dass sogar gegen die letztere aus dem § 5 der l 35 C. 8, 53, wenn auch nicht mit unbezweifelbarer Gewissheit, so doch mit einem ziemlich hohen Grad von Wahrscheinlichkeit ein Beweisgrund zu entnehmen ist.

Es fragt sich daher jetzt, ob die letzte der drei Theorien, die Koch'sche, eine hinreichende Stütze in den Quellen hat. Und das muss entschieden bejaht werden. Da ist zunächst der Anfang der l 35 C. h. t.:

> Si quis argentum donaverit certumque pondus nominaverit, non autem vasa vel generaliter vel specialiter expresserit, necessitatem ei imponimus omnimodo praefatum pondus argenti dare sive in vasis quibus voluerit, non tamen peioribus aestimatione massae, sive in ipsa aestimatione, quae pro massa rudi in illis locis frequentata est.

Dass hier von einem Schenkungsversprechen die Rede ist, wird füglich nicht bezweifelt werden können; das geht aus dem Wortlaut „si quis ... nominaverit ... necessitatem ei imponimus omnimodo praefatum pondus argenti dare“ ganz klar hervor. Es wäre daher dem Sinn entsprechender gewesen, den Ausdruck „dona-

verit" hier nicht zu gebrauchen, der, wie wir oben gesehen haben, nur die donatio dando zu bezeichnen pflegt.

Ebensowenig kann bestritten werden, dass der Schenkungsgegenstand generisch bestimmt ist, worauf ausdrücklich die Worte hinweisen: si quis argentum donaverit ... non autem vasa vel generaliter vel specialiter expresserit ... Was hat es nun mit einem solchen generischen Schenkungsversprechen für eine Bewandtnis? Der Schenker hat „omnimodo praefatum pondus argenti dare". „Hiernach kann kein Zweifel sein, dass, wer in derselben Weise (d. h. durch ein pactum donationis) generisch bezeichnete Sachen schenkte, zu einem entsprechenden dare und zur Eviktionsleistung gehalten war"[26]); denn „dare" ist der technische Ausdruck, dessen sich die Römer stets bedienen, wenn sie die Uebertragung zu Eigentum bezeichnen wollen, und wer zur Eigentumsübertragung verpflichtet ist, muss folglich auch dafür einstehen, dass dem Erwerber der Genuss der übergebenen Sache verbleibe. Man wird hiergegen nicht einwenden können, dass das dare auch in einem weniger strengen Sinne gebraucht wird (s. v. Wächter, Pand. II, S. 278), wonach es schlechthin „leisten" bedeute. Einem solchen Einwand müsste einmal entgegengehalten werden, dass man diese irreguläre Bedeutung des „dare" doch nur da annehmen kann, wo sie durch die Besonderheit der obwaltenden Umstände bedingt ist. Und dann ergibt es sich doch aus dem ganzen Zusammenhang der l 35, dass hier das „dare" in seinem eigentlichen Sinn zu verstehen ist: der § 5 spricht, seinem allgemeinen Zweck gemäss, das formlose Schenkungsversprechen für klagbar zu erklären, schlechthin von „tradere", und im Anfang der l 35, wo ein ganz bestimmter Fall des Schenkungsversprechens ins Auge gefasst wird, ist von der Verpflichtung zum „dare" die Rede. Sollte da nicht mit der Wahl eines verschiedenen Ausdruckes eine bestimmte Absicht verfolgt sein? Wozu denn sonst das eine Mal von tradere und das andere Mal von dare reden, wenn nicht hiermit auch eine Verschiedenheit in den Wirkungen zum Ausdruck gebracht werden sollte?

Um die Beweiskraft der Stelle zu schwächen oder vielmehr gänzlich zu vernichten, hat man auch folgendermassen argumentiert.[27]) Wenn das dare hier wirklich in seinem strengen Sinne aufzufassen wäre, so würde damit ausgesprochen sein, dass der Schenker das angegebene Gewicht Silbers unter allen Umständen ins Eigentum zu übertragen habe. Dass er das aber nicht brauche, sage die Stelle selbst; denn er habe das Recht, den Wert der ver-

[26]) Bekker a. a. O. S. 249.
[27]) Blohm, Eviktionsleistung, S. 13 u. 14.

sprochenen Pfunde Silbers in Geld zu leisten, das im Gewicht von der massa rudis sich nicht unerheblich unterscheiden werde; folglich könne man die Worte „omnimodo praefatum pondus argenti dare" nicht in der oben angegebenen Weise wiedergeben, müsse sie vielmehr „dem pomphaften Justinianischen Stil" zugute halten und sie nur als Ausdruck des Gedankens ansehen, dass der Schenker soviel zahlen oder ausgeben müsse, als er versprochen habe.

Diese Argumentation schlägt jedoch nicht durch. Offenbar soll doch mit den oben angeführten Worten der Stelle nur gesagt sein, dass der Beschenkte den ihm versprochenen Silberwert wirklich erhalten solle, und zwar so, dass er ihm dauernd verbleibe. Ob der Schenker sein Versprechen durch Uebergabe der massa rudis oder durch Zahlung ihres im Gewicht davon verschiedenen Geldwerts einlöst, wird dem Beschenkten höchst gleichgiltig sein, zumal er ja im letzteren Fall für das geschenkte Geld sich stets den Silberbarren kaufen kann, falls ihm aus irgend welchen Gründen gerade an diesem gelegen sein sollte.[28])

2. Die aus der l 35 C. 8, 53 sich uns mit Notwendigkeit ergebende Auffassung, dass bei der donato generis eine Eviktionshaftung des Schenkers eintrete, erhält eine bedeutsame Bestätigung durch die l 46 in Verbindung mit der l 45 § 1 und 2 D. de leg. I.; doch würde sie, auch wenn man ihr diesen Stützpunkt entziehen wollte, nichts an ihrer durch die l 35 C. hinreichend erwiesenen Quellenmässigkeit verlieren. Die l 45 und 46 D. cit. waren es insbesondere, auf die Koch seine Theorie gründete, soweit es sich um den Beleg für sie aus den Quellen handelte, und daher dreht sich der Streit über ihre Richtigkeit hauptsächlich um die beiden genannten Fragmente, die folgenden Wortlaut haben:

l 45 § 1: Heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut habere liceat: sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet: sed ob id quod furtum fecit servus aut noxam nocuit, evenit, quominus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat.

§ 2: Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est.

l 46: Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dari promiserit.

Bevor wir das Verhältnis der l 46 zur l 45 erörtern, haben wir den Gegensatz, in dem § 1 und § 2 der l 45 zueinander stehen, näher ins Auge zu fassen, da ja die l 46 ihren Sinn erst aus dem fest-

[28]) Ebenso Metz, Haftung für Eviktion, S. 34 u. 35.

gestellten Inhalt der vorangehenden l 45 empfangen kann. Dass es sich dort um einen Gegensatz handelt, dürfte eine oberflächliche Betrachtung ergeben. Höchst bestritten ist jedoch, welcher Art dieser Gegensatz ist. Natürlich ist klar, dass im § 1 von einem legatum generis, im § 2 dagegen von einem legatum speciei gesprochen wird, so dass also unsere Untersuchung sich darauf zu richten hat, in welchen Punkten die beiden Legatsarten einander gegenübergestellt werden.

Was zunächst den § 1 angeht, so wird darin dem mit dem Legat eines generisch bestimmten Sklaven beschwerten Erben die Verpflichtung auferlegt, dafür einzustehen, dass der geleistete Sklave nicht mit Diebstahls- oder Noxalansprüchen belastet sei. Als Grund hierfür wird angegeben, dass der Erbe zur Gewährung des habere licere verbunden sei, eine Verbindlichkeit, der er nur durch Leistung eines von obigen Mängeln freien Sklaven nachkommen könne, da diese randerenfalls dem Legatar evinziert werden könne; der Vermächtnisnehmer sei letzteren Falles in derselben Lage wie der Eigentümer eines Grundstücks, der infolge eines darauf lastenden Pfandrechts auf eine Entwehrung gefasst sein müsse.

Dagegen brauche der Erbe für die sanitas, also die körperliche und geistige Integrität des Sklaven, keine Gewähr zu leisten; denn nur dafür habe er die Haftung zu übernehmen, dass dem Legatar der volle Eigentumsgenuss nicht verkümmert werde, und dieser werde doch natürlich in keiner Weise durch den Mangel der sanitas berührt. Hieraus ergibt sich aber zur Evidenz, dass die Noxalanprüche als Mängel im Recht angesehen werden, was noch durch die vergleichsweise Heranziehung des Falles, wo ein Grundstück verpfändet ist, verstärktes Gewicht erhält. Ebenso scheint man aber auch aus der Gesamthaltung der Stelle, besonders aus dem Hinweis auf die Bedeutungslosigkeit der „sanitas" für den uneingeschränkten Eigentumsgenuss, die „proprietas", die Ansicht gewinnen zu müssen, dass die Noxalansprüche nur als Beispiele von Rechtsmängeln aufzufassen sind. Darum ist das Ergebnis, das uns die Prüfung der Stelle geliefert hat, dahin zu formulieren, dass den Erben beim Vermächtnisse eines generisch bestimmten Sklaven die Verpflichtung zur Eviktionsleistung trifft.

Wenn daher im § 2 gesagt ist: „Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est", so dürfte damit die Eviktionshaftung beim legatum speciei verneint sein. Dem Umstand, dass der Ausdruck „dari" gebraucht ist, wird man keine entscheidende Bedeutung beimessen können, wenn man sich daran erinnert, dass er nicht immer die Eigentumsübertragung bezeichnet, sondern zuweilen in einem weniger strengen Sinn verstanden werden muss (oben S. 24). Deutet

doch gerade der Gegensatz, in dem § 2 zu § 1 steht, mit Notwendigkeit darauf hin, dass hier von einer Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung und darum auch folgerichtig von einer Eviktionsleistungspflicht keine Rede ist.

Oder es wäre wohl richtiger, umgekehrt zu sagen: weil der Zusammenhang bei unserer oben entwickelten Auffassung des § 1 für das in dem hierzu im Gegensatz stehenden § 2 geregelte Spezieslegat die Eviktionshaftung ausschliesst, so kann das „dare" nicht in seinem strengen Sinne genommen werden. Die Worte „talis dari debet, qualis est" sind also gleichbedeutend mit „talis praestari debet, qualis est", wie es in l 56 D. de leg. I heisst, und sind dahin zu verstehen, dass der homo, wenn er nur in seinem gegenwärtigen Zustand gegeben wird, nicht zu Eigentum übertragen zu werden braucht.[29])

Bekker (a. a. O. S. 257) freilich legt auf die Wahl des Wortes „dari" grosses Gewicht und gelangt so dazu, zwischen den beiden Stellen einen ganz anderen Gegensatz zu finden als wir. Er erblickt den Unterschied in den Wirkungen eines Genus- und eines Spezieslegats darin, dass bei ersterem der Erbe dafür haften müsse, dass das habere licere nicht wegen der Belastung mit Diebstahls- und Noxalansprüchen gebrochen werde, während er bei letzterem hiervon frei sei; beim Spezieslegat sei der Erbe zum einfachen „dare", bei dem generellen zum „dare ut habere liceat" verpflichtet. So formuliert, scheint jedoch seine Auffassung auf unsern Standpunkt hinauszulaufen; denn worin anders besteht denn das Wesen der Gewährleistung vornehmlich als in der Haftung dafür, dass das habere licere nicht verschafft worden ist? Soll also der Erbe nur beim generellen Legat die Gewährung des habere licere zu garantieren haben, so ist damit auch nur für diesen Fall seine Verpflichtung zur Eviktionsleistung anerkannt. Das kann jedoch von Bekker nicht gemeint sein; vielmehr wird man ihn dahin zu verstehen haben, dass beim Spezieslegat die Haftung ebenso eintrete wie beim Genuslegat, mit dem einzigen Unterschiede, dass bei dieser der Erbe auch dafür einstehen müsse, dass die Sache „furtis et noxiis solutus" sei. Was könnte nun aber wohl die Veranlassung gewesen sein, gerade für diese beiden Arten einer Belastung den Erben, a quo certus homo legatus est, nicht haften zu lassen? Bekker (a. a. O. S. 258) will dies damit erklären, dass für das Genuslegat, bei dem der Erbe die Wahl habe, der in l 110 D. de leg. I. aufgestellte Grundsatz gelte: „heredem in hoc teneri, ut non pessimum det." Doch bezieht sich diese Pflicht des Erben, beim Genuslegat nicht das Schlechteste zu

[29]) Vgl. Backofen, Röm. Pfandrecht I, S. 130 Note 16.

geben, wie das der Inhalt der l. 110 D. cit. offensichtlich ergibt, nur auf Mängel der Sache und nicht auf Mängel im Recht, zu denen doch, wie oben gezeigt, die in Rede stehenden Belastungen unzweifelhaft gehören.

Es kommt ferner hinzu, dass dieser ganze Unterschied zwischen Genus- und Spezieslegat bei allen andern Sachen ausser Sklaven und Tieren, bei denen allein besagte Rechtsmängel vorkommen können, wegfallen müsste. Die Eviktionshaftung würde also bei solchem Legat, mag es nun generell oder individuell bestimmt sein, gar keiner irgendwie differenzierten Behandlung unterliegen.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass in zwei Stellen die Eviktionsverbindlichkeit des Erben beim Genuslegat besonders hervorgehoben ist. Es sind dies

l 29 § 3 D. de leg. III:

> Si heres tibi, servo generaliter legato, Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere, Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis; et loc verum puto.

und l 58 D. de evict. 21, 2:

> Heres servum non nominatim legatum tradidit, et de dolo repromisit, postea servus evictus est, agere cum herede legatarius ex testamento poterit, quamvis heres alienum esse servum ignoraverit.

Das lässt es doch zum mindesten sehr begründet erscheinen, beim Spezieslegat keine Gewährleistungspflicht anzunehmen, was uns natürlich darin bestärken muss, an unserer oben dargelegten Auffassung der l 45 festzuhalten.

Wir wenden uns nun der Erklärung der l 46 D. cit. zu. Es sollen danach die für die Legate (in l 45) gegebenen Regeln auch dann Anwendung finden können, wenn jemand „vel Stichum", d. h. eine individuell, „vel hominem", d. h. eine nur generisch bestimmte Sache versprochen hat, „promiserit". Also das Versprechen einer species soll sich nach den Grundsätzen des § 1, das eines genus sich nach denjenigen der l 45 bestimmen.

An welchen Fall nun mit dem „promiserit" eigentlich gedacht ist, diese Frage hat die verschiedensten Beantwortungen gefunden. Thibaut (a. a. O. S. 62 u. 63) bezieht es auf alle Stipulationen, mögen sie nun ex causa lucrativa oder onerosa vorgenommen werden. Dem Einwand, dass also auch bei onerosen Geschäften der promissor speciei von der Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung frei gewesen sein solle, sucht er mit dem Hinweis auf die Natur der Stipulation zu begegnen, welche die Römer sehr „knapp genommen" hätten. Das ist denn doch wohl schwer zu rechtfertigen. Sollten die Römer wirklich, wenn ein oneroser Vertrag, z. B. ein Kauf, in der Stipu-

lationsform abgeschlossen wurde, einen Anspruch auf Eviktionsleistung dem stipulatur speciei versagt haben? Nein! es ist unbedingt abzulehnen, unter „promiserit" hier alle Stipulationen zu verstehen. Dass damit überhaupt eine Stipulation bezeichnet wird, ist nirgends bestritten und kann auch nicht zweifelhaft sein, wenn man sich vergegenwärtigt, dass zur Zeit des Pomponius, von dem die l 46 wie l 45 herrührt, klagbare promittendo übernommene Verbindlichkeiten regelmässig nur in der Form der Stipulation begründet werden konnten, und dass gerade „promittere" der technische Ausdruck für das Stipulationsversprechen ist.

Was soll es nun aber für eine besondere Stipulation sein, die hier in ihren Wirkungen dem Vermächtnisse gleichgestellt wird? Unterholzner[30]) will das „promiserit" von einer cautio legatorum nomine (i. e. legatorum servandorum causa) verstanden wissen. Hierfür fehlt es jedoch an jedem Anhalt in der Stelle selbst, und auch sonst hat seine Ansicht, für die er es übrigens nicht der Mühe wert hielt eine Begründung zu geben, wenig Wahrscheinlichkeit für sich. Im Gegenteil scheint der Wortlaut der l 46, der doch dem Legat das „promittere" gegenüberstellen will, jener Annahme direkt im Wege zu stehen, da die Stipulation einer cautio leg. serv. causa sich nur „als Einkleidung einer von ihr gänzlich unabhängigen Verbindlichkeit",[31]) nämlich der durch das Testament begründeten, darstellt. Ausserdem findet sich für die prätorischen Stipulationen, zu denen doch die fragliche cautio gehört, in l 9 D. de stipulat. praetor. 46, 5 die ausdrückliche Bestimmung, dass für ihre Beurteilung der Wille des Prätors in letzter Instanz entscheidend sei. Wozu denn also an dieser Stelle eine hiervon abweichende Regelung treffen?

Nichts spricht also dafür und vieles dagegen, in der l 46 eine cautio legatorum nomine anzunehmen. Es bleibt daher nur übrig, das „promiserit" auf eine stipulatio donationis causa zu beziehen, was auch Bekker[32]) (a. a. O. S. 252) für den einzigen Ausweg hält, wenn man nicht seiner von uns nicht acceptierten Erklärung der l 45 beitreten will.

Man wird zugeben müssen, dass es durchaus nicht unangebracht erscheinen mochte, im Anschluss an Bestimmungen über Legate ihre analoge Anwendung gerade für das Schenkungsversprechen vorzuschreiben, dessen Verwandtschaft mit dem Vermächtnis doch gar

---

30) Lehre von den Schuldverh. II, S. 524; ihm schloss sich an Schilling. Röm. Privatrecht III, S. 942.

31) Bachofen, a. a. O. S. 310.

32) Bei der Deutung, die er der l 45 gibt, passt nach seiner Meinung die l 46 auf alle Stipulationen, wofür es aber sonst an einer Bestätigung vollkommen fehlt.

nicht zu verkennen ist. Ein Argument gegen unsere Auffassung wird man vielleicht daraus entnehmen wollen, dass der strikte Charakter der Stipulation eine besondere Behandlung nicht zulasse, wenn sie donationis causa stattfinde. Dem gegenüber ist nun, was schon gegen die Thibaut'sche Ansicht hätte geschehen können, darauf hinzuweisen, dass die Stipulation keineswegs immer, wenn es auch meistens der Fall war, abstrakt gefasst zu sein brauchte,[33]) was zweifellos eine Berücksichtigung der zu Grunde liegenden causa ermöglichte. Aber auch dann, wenn sie die causa nicht in sich aufgenommen hatte, blieb der Zweck des Geschäfts doch nicht ohne jeden Einfluss auf dessen weiteres Schicksal.[34]) Natürlich, solange er im Verborgenen blieb, konnte er keine Wirkungen äussern; wurde er aber aufgedeckt, so ward er ein wesentlicher Faktor bei der Beurteilung der Rechtsfolgen der Stipulation.[35]) So konnte er z. B., wenn er von der Rechtsordnung gemissbilligt war, die Aufhebung des ganzen Geschäfts nach sich ziehen. Warum sollte also nicht auch die causa donationis bei der Stipulation auf die weitere Gestaltung der rechtlichen Verhältnisse haben einwirken können, und zwar in der Richtung auf Beschränkung der Eviktionshaftung gegenüber anderen causae?[36]) Sprechen doch viele Anzeichen unzweifelhaft dafür, dass die Römer die Schenkungen sehr mit Misstrauen betrachteten und daher die Verpflichtungen des Schenkers möglichst milde normierten, was auch bei der donationis causa geschehenden Stipulation zum Ausdruck gekommen sein möchte!

An dieser Sachlage konnte es natürlich nichts ändern, dass Justinian auch das formlose Schenkungsversprechen mit Klagbarkeit ausstattete. Im Gegenteil, die schon bei der Stipulation befolgten Grundsätze mussten erst recht beim pactum donationis zur Anwendung gelangen, da dieses doch einzig und allein auf seinen Zweck gestellt und keinen andern, diesem Zweck an sich fremden Einflüssen unterworfen ist, wie es bei der Stipulation allerdings der Fall war.

§ 8. 3. Prüfung des gewonnenen Ergebnisses.

Die Untersuchung der Quellen hat gezeigt, dass der Schenker nur beim generischen Schenkungsversprechen zur Eviktionsleistung verpflichtet ist. Somit hat sich die Koch'sche Theorie als die allein quellenmässige erwiesen. Dieses Resultat dürfte wohl auch am meisten unserer Billigung wert erscheinen, da damit weder in übertriebener Weise das Interesse des Schenkers betont, wie es durch

---

[33]) Siehe l 5 pr. D. de verb. obl. 45, 1, Paulus sent. II, 22 § 2.
[34]) Vgl. Dernburg, Pand. II, S. 63.
[35]) Vgl. Baron, Pand., S. 119.
[36]) Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II, S. 588.

Thibaut und seine Anhänger geschieht, noch auf der andern Seite, wie von der Glossatorenmeinung, in gänzlicher Ignorierung der besonderen Natur der Schenkung einem einseitigen Formalismus gehuldigt, sondern zwischen den Anforderungen strenger Rechtskonsequenz und der Rücksicht, welche die Eigenart der Schenkung erheischt, in ausreichendem Masse vermittelt wird.

Würde man in der Tat mit den Glossatoren und Bekker demjenigen, der ein Schenkungsversprechen abgibt, darum, weil er verspricht und dadurch eine Verbindlichkeit übernimmt[37]), stets eine Eviktionshaftung auferlegen, so würde das sicherlich nicht der Billigkeit überhaupt entsprechen, insbesondere aber durchaus nicht im Sinne der Römer gelegen haben, die anerkanntermassen den Schenker nicht mit allzu drückenden Verpflichtungen belasten mochten.

In dieser notwendigen schonenden Rücksicht auf den Schenker gehen nun die Verteidiger der Duaren'schen Ansicht wiederum zu weit. Sicherlich muss man den Schenker dann, wenn er eine ganz bestimmte Sache, eine species, zu schenken versprochen hat, von jeder Eviktionsverbindlichkeit für befreit erklären; denn es entspricht dann sowohl der Intention des Schenkers, die Sache in der Rechtslage zu geben, wie er sie hat oder bekommt, als auch den Erwartungen des Beschenkten, sie in dem rechtlichen Zustand zu überkommen, in dem sie sich beim Beschenkten befand. Hätte der Schenker gewusst, dass der versprochenen Sache ein Rechtsmangel anhaftet, so würde die ganze Schenkung höchst wahrscheinlich unterblieben sein. Deshalb kann man ihm auch nicht, wenn sich diese Annahme als irrig herausstellt, eine so schwere Haftung, wie die Gewährleistungspflicht, aufbürden. Natürlich wirken hier wieder die besonderen Umstände modifizierend ein, die bereits bei der donatio dando ihre Besprechung gefunden haben.

Bildet dagegen eine nur generell bezeichnete Sache den Gegenstand des Schenkungsversprechens, so wird der Beschenkte mit Fug und Recht erwarten dürfen, dass ihm eine Sache geleistet werde, die er auch wirklich behalten kann. Ist doch dem Schenker hier zur Erfüllung seines Versprechens ein weiter Spielraum gelassen, so dass es nicht unbillig erscheinen kann, ihn für die Lieferung einer rechtlich mangelfreien Sache die Garantie übernehmen zu lassen. Dem-

---

[37]) Man wird der Ansicht der Glosse nicht entgegenhalten können, wie das allerdings getan wurde, dass jede Schenkung, auch die durch sofortige Hingabe vollzogene, eine Obligation erzeuge, weshalb jene Unterscheidung zwischen donatio dando und promittendo innerlich ungerechtfertigt sei. Wir wenigstens können dieser von Windscheid (Pand. II § 366) vertretenen Auffassung der Schenkung nicht beipflichten, weil dann, wie Brinz (Pand IV, S. 250) sagt, „alle Geschäfte obligatorisch sind".

gemäss muss man für die sogenannte donatio mixta, soweit man sie als eine Unterart der generischen Obligation auffasst, das über die Haftung Entscheidende darin sehen,[38]) ob in der Masse kein Stück enthalten war, das keinen Mangel im Recht aufweist, oder nicht, und nur in letzterem Falle wird man den Schenker für gewährleistungspflichtig erklären können.

Das führt uns dazu, dem Wesen der generischen Obligation überhaupt eine kurze Betrachtung zu widmen und zu zeigen, wie sehr sich unsere Auffassung mit demselben im Einklang befindet. Wird eine Sache nur in genere versprochen, so wird dadurch nur das in obligationem deduziert, womit die generisch übernommene Verbindlichkeit erfüllt werden kann.[39]) Wird also eine species geleistet, die dem Empfänger entwehrt wird, so ist damit, weil von der Erfüllung der Verbindlichkeit in solchem Falle keine Rede sein kann, dargetan, dass die Obligation in ihrem alten Umfange noch fortbesteht. Daher hat der zur Leistung einer generisch bestimmten Sache verpflichtete Schenker überhaupt noch gar nicht erfüllt, wenn der Beschenkte nicht das volle Recht an der Sache erhalten hat, und er haftet dann, „weil er leisten muss und noch gar nicht geleistet hat.[40])

Anders beim Versprechen einer genau bestimmten Species. Hier beschränkt sich die Obligation auf die Spezies; sie und keine andere muss geleistet werden, weshalb der Gläubiger dem Schuldner hier nicht entgegenhalten kann, das geleistete Objekt sei nicht obligationsmässig. Der Versprechensempfänger kann also einen Anspruch gegen den Promittenten nicht mit der Nichterfüllung der Obligation motivieren, sondern höchstens darauf gründen, dass zu ihrem nächsten Inhalt, der auf Leistung des geschuldeten Gegenstandes ging, noch eine weitere Verbindlichkeit, „ein Mehreres", hinzugetreten sei.[41])

Ohne weiteres also und mit innerer Notwendigkeit bringt nur die generische Obligation trotz Leistung einer zu dem genus ihren körperlichen Qualitäten nach gehörigen Sache eine Haftung mit sich, während sie der auf eine species gerichteten nicht immanent ist.

Die Richtigkeit einer solchen Deduktion gibt auch Dernburg zu, wenn er (Pand. II, S. 293 Anm. 6) seinen Gegnern vorhält, sie schlössen „formal aus dem Charakter der generischen Obligation, ohne die Eigentümlichkeit der Schenkung zu beachten." Dass der in den letzten Worten liegende Vorwurf nicht gerechtfertigt ist, dürften unsere obigen Ausführungen (S. 30 u. 31) bewiesen haben.

---

[38]) Vgl. Glück XX, S. 250.
[39]) Vgl. Brinz, Pand. II, S. 98.
[40]) Schliemann, Haftung des Cedenten, S. 34.
[41]) Schliemann, a. a. O.

Aus dem Gesagten ergibt sich auch die Hinfälligkeit eines von Thibaut (a. a. O. S. 62) gegen die herrschende Ansicht vorgebrachten Arguments, dass nämlich der Schenker nur für dolus hafte und daher sein Versehen, das er bei der Auswahl einer rechtlich mangelhaften Sache begehe, nicht zu verantworten brauche. Aber hier ist doch kein Versehen in Frage, für dessen Folgen der Schenker aufzukommen hätte, sondern es handelt sich darum, dass der Schenker durch Leistung einer nicht zu vollem Recht übertragbaren Sache gar nicht erfüllt hat, und hierauf ist es doch gänzlich einflusslos, ob dabei eine culpa mitgewirkt hat oder nicht[42]), wie doch überhaupt auch sonst eine Eviktionsleistung ohne die Voraussetzung irgend welcher Verschuldung des Verpflichteten gefordert werden kann.

Es fragt sich jetzt noch, ob die für das römische Recht zur Zeit Justinians geltenden Grundsätze über die Gewährleistungspflicht des Schenkers auch für das gemeine Recht Anwendung finden müssen. Bekker (a. a. O. S. 250) stellt dies mit der Begründung in Abrede, dass das formlose Schenkungsversprechen nicht nach der l 35 § 5 C. de donat. 8, 53 wirksam sei, sondern nach dem Satz des gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts, wonach alle erlaubten Verträge klagbar sind, weshalb sich auch die Wirkungen des Versprechens nicht mehr nach dem justinianischen Rechte bestimmen könnten.

Diese Folgerung kann jedoch nicht als notwendig anerkannt werden. Allerdings ist zuzugeben, dass, auch wenn die l 35 C. nie erlassen worden wäre, doch für das gemeine Recht die Klagbarkeit des formlosen Schenkungsversprechens unzweifelhaft wäre. Das kann doch aber kein Grund sein, da wir nun einmal einen das Gleiche statuierenden Satz in den Quellen haben, ihn mit allen seinen Konsequenzen einfach über Bord zu werfen.

Und weiter! Was will denn nun Bekker an die Stelle der so entrechteten römischen Bestimmungen setzen? Der Wille der Parteien solle die Norm sein, welche für die Beurteilung von Art und Mass der Leistung massgebend sei. Das wird im römischen Recht nicht anders gewesen sein, auch hier wird man zunächst die Absicht der Parteien zu ermitteln bemüht gewesen sein und den in den Quellen niedergelegten Grundsätzen nur eine subsidiäre Geltung zuerkannt haben, was von uns bereits wiederholt hervorgehoben wurde. Wie aber dann, wenn für die Feststellung der Parteiabsicht alle Auslegungsmittel versagen; soll dann unter „schenken“ die Uebertragung vollen Eigentums oder bloss des Rechts verstanden

[42]) Vgl. Glück, a. a. O. S. 267.

werden, das der Schenker selber an der Sache hat? Die Beantwortung dieser Frage will Bekker dem Richter überlassen, der unter Würdigung aller Umstände des konkreten Falles sich sein Urteil werde bilden können. Es dürfte aber, wie Bekker selbst gesteht, dem Beschenkten, der hier wohl in der Regel als Kläger zu denken ist, meistens sehr schwer, wir setzen hinzu, oft unmöglich sein, dem Richter die Ueberzeugung beizubringen, dass der Schenker mehr als die Uebertragung seines eigenen Rechts an der Sache gewollt habe, und hauptsächlich nur dann wird man mit Bekker seine Stellung für eine günstigere halten können, wenn ein generisches Schenkungsversprechen abgegeben worden ist. Hiermit aber führt die Bekkersche Ansicht zu fast den nämlichen Ergebnissen, die wir auf Grund des justinianischen Rechts gewonnen haben.

B. Der Inhalt der festgestellten Gewährleistungspflicht.

§ 9.

Nachdem die Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung beim Versprechen einer generisch bestimmten Sache festgestellt ist, erhebt sich nunmehr die Frage, welches der Inhalt dieser Haftung ist, oder mit anderen Worten, auf welche Leistung der eine rechtlich mangelhafte Sache liefernde Schenker in Anspruch genommen werden kann.

Für die Beantwortung dieser Frage würden sich im allgemeinen zwei Möglichkeiten eröffnen. Einmal könnte man nämlich daran denken, ihn auf das volle Interesse, die eigentliche Eviktionsleistung, haften zu lassen. Dann aber käme auch die Pflicht zur Lieferung einer anderen, derselben Gattung zugehörigen Sache in Betracht, in welchem Falle seine Haftung regelmässig die mildere sein würde. Nach unseren Ausführungen über das Wesen der generischen Obligation (§ 8) kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein. Wir sagten: wer ein generisches Schenkungsversprechen abgegeben und zu seiner Erfüllung eine mit einem Rechtsmangel behaftete Sache geleistet hat, der hat noch gar nicht erfüllt, die erfolgte Leistung ist als gar nicht geschehen anzusehen. Das bringt doch die notwendige Folge mit sich, dass der Schenker nach wie vor zur Leistung einer unter dasselbe genus fallenden Sache verpflichtet ist.[43])

Man kann diesen Gedanken auch noch etwas anders wenden. Mit der Leistung einer z. B. fremden Sache hat der Schenker noch

---

[43]) Ebenso die meisten Anhänger der Kochschen Meinung, z. B. Vangerow, Pand. III § 610 Anm. 2, Glück XX, S. 267, Puchta, Vorles. II, S. 227, Baron, Pand., S. 125; auch Arndts bei Glück, Bd. 46, S. 176.

nicht das zur Erfüllung seinerseits Erforderliche getan, folglich ist die Konkretisierung der Gattungsschuld in der species noch nicht eingetreten, also die generische Obligation noch gänzlich unverändert. Diese Konsequenz darf man gewiss aus der Iheringschen Erfüllungstheorie[44]) ziehen. Hierzu befindet sich aber die Auffassung Bekkers (a. a. O. S. 314 ff.) im Gegensatz, der auch der Scheinleistung der Tradition einer rechtlich nicht mangelfreien Spezies aus dem fraglichen Genus die Wirkung zuerkennt, dass sie das generische Rechtsgeschäft in ein speziell bestimmtes übergehen lässt, und daher dem Empfänger das Interesse ersetzt wissen will, das er am Behalten gerade dieser ihm geleisteten species hat. Damit scheint uns jedoch Bekker eine Inkonsequenz gegenüber seiner eigenen Ansicht zu begehen, dass die Eviktionsleistung nicht als Erfüllung einer durch die Scheinleistung erst begründeten Verbindlichkeit, sondern nur als die Erfüllung der durch die Scheinleistung nicht aufgehobenen ursprünglichen Leistungspflicht sich darstelle (a. a. O. S. 245/46). Was ist denn nun bei einem generischen Schenkungsversprechen die ursprüngliche Pflicht anderes als die Verpflichtung zur Leistung einer in dem Genus enthaltenen Spezies?

Bekker glaubt seine Auffassung in l 45 § 1 D. de leg. I durch den Gebrauch des Wortes „eum" bestätigt zu sehen, woraus sich ergebe, dass die Haftung speziell für das tradierte Individuum zu übernehmen sei. Das ist jedoch m. E. verfehlt. Wenn der Jurist überhaupt den Gedanken ausdrücken wollte, dass der Erbe für das habere licere einzustehen habe, so musste er doch notwendigerweise sagen: „ita dare debet, ut eum habere liceat"; dass damit auch das, was Bekker herausliest, zum Ausdruck gebracht werden sollte, ist durchaus nicht anzunehmen.

Ausserdem würde doch die von Bekker angenommene Haftung auf das Interesse den Schenker unter Umständen auf das schwerste belasten, was mit dem Charakter der Schenkung nicht wohl vereinbar sein dürfte. Dieser Gedanke, dass dem Schenker seine Liberalität nicht zum Schaden gereichen solle, ist, wenn auch nicht mit spezieller Beziehung auf die Eviktionsleistung, in l 62 D. de aedil. edicto 21, 2 mit den Worten ausgesprochen, „ne liberalitatis suae donator poenam patiatur".[45])

Das Gleiche muss auch der Ansicht Windscheids[46]) entgegen-

---

[44]) s. Ihering in seinen Jahrb. IV, S. 366 ff.

[45]) Vgl. Baron, Pand., S. 125 Note 16 a.

[46]) Pand. II § 366 Note 8 a. E. Ihm folgt hierin Römer in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 23, S. 13.

gehalten werden, der dem Beschenkten das Wahlrecht geben will, entweder eine andere Sache aus demselben Genus oder die Leistung des Interesses am Behalten der hingegebenen Sache zu fordern.

C. Voraussetzungen für die Geltendmachung des Anspruchs auf Gewährleistung.

§ 10.

Mit der Feststellung der Gewährleistungspflicht und ihres Inhalts ist jedoch noch nicht alles erledigt. Es muss jetzt gefragt werden, welche Umstände gegeben sein müssen, damit der Beschenkte die ihm gebührende Gewährleistung mit Erfolg beanspruchen kann. Ist man berechtigt, die Analogie des Kaufes heranzuziehen und ebenso, wie den Käufer, den Beschenkten so lange mit der Geltendmachung seines Anspruchs warten zu lassen, bis die Sache ihm evinziert ist oder der Rechtsmangel ihm sonst einen Schaden verursacht hat[47]), oder hat man ihm schon mit dem Moment, wo dessen Existenz feststeht, einen Ersatzanspruch zuzubilligen? Eine Betrachtung der Gründe, die beim Kauf zu der angedeuteten Regelung führten, wird uns die Beantwortung der gestellten Frage erleichtern.

Die Verpflichtung, die der Verkäufer durch den Kaufkontrakt übernimmt, besteht darin, die Sache dem Käufer zu tradieren und ihm das habere licere zu praestieren[48]); zur Eigentumsverschaffung ist er nicht verbunden. Wenn auch, wie Eck[49]) nachgewiesen hat, die Römer über diesen Satz in einzelnen Fällen hinausgingen und auch dann, wenn es sich nicht bloss um die Nichtgewährung des habere licere handelte, dem Käufer eine Interesseforderung zugestanden, so fehlte doch viel daran, dass sie den in einzelnen Anwendungsfällen hervortretenden Gedanken zu einem durchgreifenden Prinzip erhoben und etwa die Verbindlichkeiten des Verkäufers auf die Pflicht zur Gewährung des Eigentums an der verkauften Sache abgestellt hätten. Auch für das gemeine Recht blieb jener Satz der Ausgangspunkt für die Normierung der Verbindlichkeiten des Verkäufers, und nur soviel lässt sich sagen, dass man nach gemeinem Recht dem Käufer stets ein Klagerecht gegen den Verkäufer zu geben hat, wenn er das Interesse des Käufers durch Nichtverschaffung des Eigentums verletzt.[50]) Es muss also immer,

---

[47]) Vgl. Dernburg, Pand. II, S. 274.

[48]) l 30 § 1 D. de a. e. v. 19, 1.

[49]) „Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums", S. 25 ff.

[50]) Vgl. Eck, a. a. O. S. 43.

wenn es zu einer Verurteilung des Verkäufers kommen soll, der Käufer in irgend einer Weise geschädigt sein; auf Verschaffung des Eigentums schlechthin kann er nicht klagen.

Ist nun die Sachlage bei der Schenkung die gleiche? Ist auch hier der Verpflichtete nur zur Gewährung des habere licere verbunden? Das werden wir wohl nicht annehmen können. Verkehrt wäre es, eine solche beschränkte Haftung daraus folgern zu wollen, dass in l 45 § 1 D. de leg. I. gesagt ist „ita dare debet, ut eum habere liceat". Damit sollten doch nur auch solche Belastungen abgelehnt werden, die trotz Verschaffung des Eigentums das „habere licere" unmöglich machen können. Im Gegenteil weist der Ausdruck „dare", der hier und im Anfang der l 2 C. de ev. 8, 53 gebraucht ist, darauf hin, dass man das generische Schenkungsversprechen zu den obligationes dandi zu zählen hat, bei denen der Schuldner sofort haftet, wenn nachgewiesen wird, dass nicht soviel Recht verschafft worden ist, als verschafft werden sollte.[51]) Da aber natürlich der Nachweis der mangelhaften Rechtsverschaffung dem Beschenkten obliegt, so wird er wohl in der Regel die Eviktion der geschenkten Spezies abwarten und dem Schenker, um das Urteil auch gegen ihn wirken zu lassen, den Streit verkünden. (C.P.O. §§ 72, 74 und 68.)

Dass der Beschenkte, wenn er eine andere Sache derselben Gattung begehrt, die ihm geleistete mangelhafte herauszugeben hat, ist selbstverständlich.

2. Abschnitt.

Betrachtung einiger besonders gestalteter Fälle der Schenkung.

§ 11.

Es ist jetzt noch zu prüfen, ob die dargestellten Grundsätze auch auf einige besondere Arten der Schenkung Anwendung zu finden haben, bei denen das Wesen der Schenkung uns nicht in seiner reinen Gestalt, sondern, wirklich oder nur scheinbar, vermischt mit fremdartigen Elementen entgegentritt.

I. Zunächst ist der sog. donatio remuneratoria zu gedenken, die sich dadurch kennzeichnet, dass mit ihr eine vom Beschenkten dem Schenker erwiesene Wohltat vergolten werden soll. Gerade sie war es, auf die man im Kampf gegen die schroffe Verneinung jeder Gewährleistungspflicht des Schenkers, wie sie von Duaren und seinen Anhängern ausgesprochen wurde, hinwies[52]), und für die man, sollte denn durchaus der Schenker im allgemeinen der Evik-

[51]) Vgl. Bekker a. a. O. S. 283.
[52]) Vgl. Glück XX, S. 241.

tionsleistung vollständig überhoben sein, eine Ausnahmestellung verlangte.

Von der Erfüllung dieser letzteren Forderung konnte aber keine Rede sein. Thibaut (a. a. O. S. 64) allerdings ist anderer Ansicht, wenn er auch nicht mit entschiedener Bestimmtheit für sie eintritt. Ihm sind die remuneratorischen Schenkungen „eigentlich keine Schenkungen, sondern onerose Geschäfte", weshalb sie den für diese geltenden Normen über die Eviktionsleistung ebenfalls zu unterwerfen seien. Dieser Standpunkt ist jedoch heute ganz allgemein verlassen. Und mit Recht! Wird denn der Zuwendung dadurch, dass sie dem Motiv der Dankbarkeit entsprungen ist, der Charakter der „Schenkung" genommen? Ist es denn nicht überhaupt gleichgiltig, welche entfernteren Absichten den Schenker geleitet haben?[53]) Die Schenkung verlangt begrifflich nur den animus donandi, d. h. den Willen, den Beschenkten ohne jeglichen Vergeltungszwang zu bereichern, und welcher Quelle dieser animus selbst entstammt, ob er durch uneigennütziges Wohlwollen oder durch selbstsüchtige Zwecke ins Dasein gerufen wurde, ist völlig bedeutungslos.

Zur Rechtfertigung der entgegengesetzten Auffassung beruft man sich vorzugsweise darauf, dass die remuneratorische Schenkung nur die Erfüllung einer durch geleistete Dienste oder sonstige Wohltaten erzeugten naturalis obligatio sei. Zwar wird in den Quellen[54]) von einer naturalis obligatio ad remunerandum gesprochen. Dass hiermit aber nicht das, was gemeinhin unter der naturalis obligatio verstanden wird, gemeint sein kann, ist zweifellos; denn es kann doch niemandem im Ernste einfallen wollen, die Wirkungen einer naturalis obligatio auch bei jener, sagen wir einmal, Anstandspflicht, Gutes mit Gutem zu erwidern, eintreten zu lassen, etwa mit der angeblichen Forderung auf Wiedervergeltung eine Kompensation für möglich zu erklären; dazu fehlt es eben an einem konkreten Gegenstand, auf den der Anspruch sich richten könnte.[55]) Jene in den Quellen gebrauchte Wendung kann also nur den Sinn haben, dass man in der Regel für sein uneigennütziges Verhalten auch eine entsprechende Erkenntlichkeit erwarten darf, wozu die natürliche Pflicht zur Dankbarkeit schon das Ihrige tun werde.

Auch dass in l 27 D. de don. 39, 5 eine andere Entscheidung gefällt zu sein scheint, kann nicht gegen unsere Ansicht geltend ge-

---

[53]) Vgl. Savigny, System, Bd. 4, S. 87 ff.
[54]) in l 25 § 11 D. de hered. pet. 5, 3.
[55]) Vgl. Marezoll in d. Zeitschr. f. Civilrecht und Prozess, Bd. I, S. 31.

macht werden; denn dort wird die dem Empfänger gemachte Zuwendung, obgleich der Zuwendende sich des Ausdrucks „donare" bediente, nicht als Schenkung, sondern als Honorierung angesehen.[56]) Auf die näheren Umstände des so entschiedenen Falles kann hier nicht eingegangen werden.

Ebensowenig ist für unsere Frage l 34 § 1 D. de don. 39, 5 von Belang, wo das Geschenk, das zum Dank für eine Rettung aus Lebensgefahr gemacht wird, für unwiderruflich erklärt wird. Erstens nämlich zwingt nichts dazu, diese Bestimmung auf alle remuneratorischen Schenkungen zu beziehen; man wird vielmehr behaupten müssen, dass damit bloss der Besonderheit jenes Falles, bei dem die Widerruflichkeit des Geschenkes, sei es aus welchen Gründen immer, sehr peinlich empfunden werden würde, Rechnung getragen werden sollte. Und selbst dann, wenn man jener Bestimmung eine allgemeine Geltung zugestehen wollte, was würde denn damit gegen unsere Ansicht bewiesen sein? Nichts, da doch die Unwiderruflichkeit, sollte sie selbst allgemein anerkannt sein, nicht imstande wäre, die Gabe des Charakters der Schenkung zu entkleiden; dann würde eben nur die eine Wirkung der Schenkung für remuneratorische Zuwendungen ausgeschlossen sein, was dem Wesen der Schenkung sicher keinen Eintrag zu tun vermag.

Kein Zweifel also, dass bei der remuneratorischen Schenkung die Gewährleistung sich nach den besonderen Vorschriften für die Schenkung richet.[57])

II. Muss dasselbe auch für die donatio sub modo gelten? Die Ansichten sind auch hierüber geteilt.[58]) Die älteren Juristen sehen die Schenkung unter einer Auflage als einen onerosen Vertrag an, der unter die Kategorie der Innominatkontrakte falle und unterstellen sie dementsprechend hinsichtlich der Gewährleistungspflicht den allgemeinen Grundsätzen. Hierzu wurde man gewiss dadurch geführt, dass ebenso wie beim Innominatkontrakt auch hier, wenngleich mit einigen Modifikationen[59]), die condictio ob causam datorum auf Rückgabe[60]) und die actio praescriptio verbis auf Erfüllung gegeben ist.[61])

---

[56]) Vgl. Dernburg, Pand. II, S. 297 Anm. 18.

[57]) Ebenso Glück, XX, S. 241, Vangerow, § 610 Anm. 2 a. E., Bekker, a. a. O. S. 251.

[58]) S. Glück, a. a. O., S. 268 und die dort Angeführten.

[59]) Besonders gilt hier das jus poenitendi nicht: l 18 § 1 D. de don. 39, 5.

[60]) Diese Kondiktion ist allerdings im gemeinen Recht bei den Innominatkontrakten weggefallen, bei der don. sub modo aber bestehen geblieben, vgl. Savigny, System, IV, S. 288.

[61]) Windscheid, II, § 368, Note 13 u. 14.

Dieser Auffassung können wir jedoch nicht beitreten. Mag auch durch die Annahme der Schenkung die Verpflichtung zur Vollziehung der Auflage begründet werden, so tritt doch ihre Erfüllung der Schenkung im Sinne der Parteien nicht als gleichwertige Leistung gegenüber, so dass das ganze Geschäft als auf Schenkung und Auflage in gleicher Weise ruhend zu denken wäre; sondern die Schenkung ist der Grund, der das ganze Verhältnis trägt, und die Auflage gesellt sich ihr nur als blosse Nebenbestimmung hinzu, z. B. ich schenke einem Buchhändler meine Bibliothek mit der Massgabe, dass er mir alle im Zeitraum von zehn Jahren erscheinenden Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch liefere.

Solange der Beschenkte noch nichts zur Verwirklichung der Auflage getan hat, kann er sicherlich einen Gewährleistungsanspruch nicht über das Mass der ihm sonst bei Schenkungen zustehenden Rechte geltend machen. Verkehrt aber ist es, ihm auch diesen Anspruch entziehen zu wollen mit der Begründung, dass die Schenkung, weil der modus nicht erfüllt ist, widerrufen werden konnte[62]); denn diese Begründung stimmt in sich selbst nicht. Der Widerruf der Schenkung wegen Nichtvollziehung der Auflage kann doch nicht ohne weiteres erklärt werden, sondern nur dann, wenn der Beschenkte damit säumig ist (vgl. Anm. 59). Dieser Tatbestand liegt aber natürlich dann nicht vor, wenn z. B. ein noch nicht herangekommener Termin für die Verwirklichung des modus bestimmt ist; ebensowenig aber auch dann, wenn der Beschenkte noch rechtzeitig von dem Rechtsmangel Kenntnis erlangt und darum die Auflage nicht vollzieht, da schon mit diesem Moment das Schenkungsversprechen als unerfüllt gilt und folglich auch der Beschenkte zur Vollziehung der Auflage nicht mehr verbunden sein kann.

Macht der Beschenkte von seinem Rechte, Leistung einer anderen Sache derselben Gattung zu verlangen, Gebrauch, so bleibt selbstverständlich seine Verpflichtung zur Erfüllung des modus bestehen.

Tritt nun aber der Mangel im Recht erst hervor, nachdem die Auflage bereits vollzogen ist, was soll dann gelten? Entspricht es auch hier der Billigkeit, im Fall einer Speziesschenkung den Beschenkten gänzlich schutzlos zu lassen? Das wird nicht angenommen werden können. Hat doch der Beschenkte nur im begründeten Vertrauen darauf, die geschenkte Sache behalten zu können, die zur Erfüllung des modus notwendigen, vielleicht sehr erheb-

---

[62]) So Metz, Haftung f. Eviktion, S. 39.

lichen Aufwendungen gemacht, und da wäre es doch äusserst hart, ihm in keiner Weise zu einer Ausgleichung des erlittenen Schadens zu verhelfen. Soviel ist gewiss, dass der Schenker die an ihn aus der Vollziehung der Auflage gelangte Bereicherung dem Beschenkten herauszugeben hat. Man wird aber wohl hierüber hinausgehen und dem Schenker die Verpflichtung auferlegen müssen, dem Beschenkten allen Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Erfüllung der Auflage erwachsen ist,[63]) natürlich begrenzt durch die Höhe der Bereicherung, die ihm durch die Schenkung bei Abwesenheit des Rechtsmangels zugefallen sein würde.

III. Endlich sind noch einige Worte über die donatio mortis causa zu bemerken. Der Streit darüber, wie weit man mit ihrer Unterordnung unter die Theorie der Vermächtnisse zu gehen habe, ist für unsere Frage ohne Bedeutung; denn es handelt sich doch für uns nur um die Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung, nicht um die seiner Erben, für die allein jener Streit an sich in Betracht kommen würde, wenn nicht, wie wir gesehen haben, in diesem Punkte zwischen Legat und Schenkung Uebereinstimmung herrschte.

Die donatio mortis causa charakterisiert sich dadurch, dass sie erst mit dem Versterben des Schenkers vor dem Beschenkten endgiltigen Bestand gewinnt und vorher willkürlich widerrufen werden kann,[64]) wenn nicht die Widerruflichkeit durch Parteiabrede ausgeschlossen ist. Hieraus wird man für die Regel als unbestreitbar die Verneinung jeglicher Gewährleistungspflicht ableiten müssen, da bei einer frei widerruflichen Zuwendung unmöglich ein Anspruch auf Eviktionsleistung bestehen kann, der doch ein festbegründetes Recht voraussetzt.

Ob dann, wenn die Schenkung von Todeswegen für irrevokabel erklärt ist, die für die gewöhnliche Schenkung aufgestellten Grundsätze eingreifen, könnte man mit Berufung darauf in Zweifel ziehen, dass auch dann die Schenkung noch gar nicht perfekt sei, der Empfänger also noch kein sicheres Anrecht auf die geschenkte Sache erworben habe, da er möglicherweise vor dem Schenker sterben könnte. Besonders starke Zweifel muss der Fall erwecken, wo die Hingabe des Schenkungsobjekts dem Beschenkten nur die Detention verschaffen soll, während der juristische Besitz und das Eigentum durch das Hinscheiden des Schenkers vor dem Beschenkten suspensiv bedingt ist.[65]) Gleichwohl glauben wir dem Beschenkten

---

[63]) Dass dieser Schaden nicht identisch ist mit dem durch den Rechtsmangel verursachten, liegt auf der Hand.

[64]) Vgl. Böcking, Pand. I, S. 385 Note 8.

[65]) Vgl. Dernburg, a. a. O., III, S. 228.

in solchen Fällen den Anspruch auf Gewährleistung nicht versagen zu dürfen, da die Intention des Schenkers gerade darauf gerichtet ist, schon jetzt zu seinen Lebzeiten und nicht erst nach seinem Tode den Beschenkten in den Genuss der Sache zu setzen, wenn er auch für den Fall, dass er der Ueberlebende ist, das Geschenk wieder an sich bringen will, weil er es nur der Person des Beschenkten, nicht auch dessen Erben zugedacht hat.

2. Kapitel: Bürgerliches Gesetzbuch.

1. Abschnitt.

Die Gewährleistung bei gewöhnlichen Schenkungen.

§ 12. Vorbemerkung.

Bevor wir erörtern, welche Stellung das Bürgerliche Gesetzbuch zu unserer Frage einnimmt, wollen wir kurz die Entstehungsgeschichte der von ihm darüber getroffenen Bestimmungen skizzieren.

Der erste Entwurf stellte sich in der Hauptsache auf den von uns gekennzeichneten gemeinrechtlichen Standpunkt, indem er in seinem § 443 zwischen dem generischen Schenkungsversprechen und andern Schenkungen unterschied. Für das erste statuierte er eine Haftung des Schenkers wegen eines Mangels im Recht nach Massgabe der sonst für die Gewährleistungspflicht geltenden Grundsätze, während er im übrigen den Schenker, der das Recht des Dritten gekannt und verschwiegen hat, zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens verpflichtete. Zur Rechtfertigung dieser Unterscheidung berief man sich darauf, dass im Falle des Schenkungsversprechens, welches auf einen nur der Gattung nach bestimmten Gegenstand gerichtet ist, die Gewährleistungspflicht der regelmässigen Intention der Parteien entspreche.[66])

Hiergegen aber machte sich in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs die übereinstimmende Ansicht geltend, dass es der Unterscheidung zwischen dem generischen Schenkungsversprechen und sonstigen Schenkungen an innerer Berechtigung fehle, vielmehr der für die Regelung der Frage massgebende Gesichtspunkt darin erblickt werden müsse, ob die Zuwendung eigene oder erst zu erwerbende Gegenstände betreffe. (Entwurf II § 470.) Im ersten Falle dürfe der Schenker nur für arglistiges Verschweigen der Mängel haften, darüber hinaus könne man ihm keine weitere Verbindlichkeit auferlegen, da er sich nur dazu verpflichten wolle, die Sache so zu gewähren, wie er sie habe. Verspreche er aber einen Gegenstand, der sich noch nicht in seinem Vermögen befindet, sondern erst von ihm erworben werden soll, so dürfe er bei dem Er-

[66]) Motive, Bd. 2, S. 296.

werbe, der doch im Interesse des Beschenkten geschehe, sich keine allzu grobe Nachlässigkeit zu schulden kommen lassen, sondern müsse, wenn er durch vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten das dem Beschenkten zugedachte Recht überhaupt nicht oder nicht vollkommen erwerbe, wegen Nichterfüllung gemäss § 468 des Entwurfs II haften, nach dem der Schenker Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat.[67])

Diese Grundsätze sind vom B.G.B. vollständig unverändert übernommen worden und haben im § 523 folgenden, mit der Formulierung des 2. Entwurfs fast wörtlich übereinstimmenden Ausdruck gefunden:

> Verschweigt der Schenker arglistig einen Mangel im Recht, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.
>
> Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstands versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte wegen eines Mangels im Rechte Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Die für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers geltenden Vorschriften des § 433 Abs. I, der §§ 434 bis 437, des § 440 Abs. II bis IV und der §§ 441 bis 444 finden entsprechende Anwendung.

Hiernach ist in Absatz I für alle Arten der Schenkung eine gemeinsame Regel ausgesprochen, zu der beim Versprechen erst zu erwerbender Gegenstände noch die besondere Bestimmung des Absatz II hinzutritt. Dem hätte sich unsere Darstellung anzuschliessen. Gleichwohl halten wir es für zweckentsprechender, uns bei der Entwicklung des allgemeinen Grundsatzes auf die Schenkung im Vermögen des Schenkers bereits vorhandener Gegenstände, für die er ja die einzige Norm bildet, zu beschränken und, soweit es nötig erscheinen sollte, bei der Erörterung des in Absatz II bezeichneten Falles darüber das Ergänzende zu bemerken.

A. Die Zuwendung von dem Vermögen des Schenkers zugehörigen Gegenständen.

§ 13. Die Voraussetzungen der Haftung.

1. Bei der Schenkung von Gegenständen, die der Schenker aus seinem gegenwärtigen Vermögen dem Beschenkten zuwendet, mögen sie nun sofort hingegeben oder schenkungsweise versprochen werden, mögen sie individuell oder generell bestimmt sein, tritt eine

---

[67]) Kommissions-Protokolle, Bd. 2, S. 26 ff.

Haftung nur ein, wenn der Schenker den Mangel im Recht arglistig verschweigt. Dass natürlich durch besondere Vereinbarung eine weitergehende Haftung übernommen werden kann, bedarf kaum der Erwähnung. Hier interessiert uns nur die kraft Gesetzes der Schenkung entspringende Verbindlichkeit des Schenkers.

Voraussetzung derselben ist also das arglistige Verschweigen der Mängel. Was darunter zu verstehen ist, dürfte nicht ohne weiteres klar sein. Sicher ist, dass damit mehr ausgedrückt werden soll, als, wie Schollmeyer[68]) meint, „kennen und gleichwohl nicht nennen". Das ergibt sich einmal daraus, dass der erste Entwurf im § 443 den Schenker haften liess, „wenn er das Recht des Dritten gekannt und dem Erwerber verschwiegen" hat; was darauf hinweist, dass mit der gänzlich abweichenden Ausdrucksweise des B.G.B. auch eine sachliche Aenderung bezweckt sein muss. Weiter wäre nach jener Auffassung das „arglistige Verschweigen" gleichbedeutend mit einer den Besonderheiten des Falles angepassten Ausprägung des Vorsatzbegriffes, der doch seine Kriterien darin findet, dass man bewusst etwas tut oder unterlässt, in unserem Falle also dadurch verwirklicht werden würde, dass man in voller Kenntnis der Sachlage die Nennung des Mangels unterliesse, was nichts anderes besagte als „kennen und verschweigen". Sicherlich jedoch hätte das B.G.B., wenn es nur den Vorsatz hätte bezeichnen wollen, sich nicht der von ihm gewählten Redewendung bedient. Ausserdem aber würde damit das Wort „arglistig" des nach der allgemeinen Redeweise in ihm liegenden Gehaltes völlig entleert und zu einer so abgeschwächten Bedeutung herabgemindert werden, wie einem dem Leben und seiner Sprache nicht ganz entfremdeten Gesetzgeber nicht gut unterstellt werden kann. Würde doch damit auch der Fall getroffen werden, wo jemand den Mangel kennt und verschweigt in der Annahme, dass er dem Beschenkten bereits bekannt sei. Wie sollte hier wohl noch von einer „Arglist" gesprochen werden können!

Eine solche kann vielmehr zweifellos nur dann angenommen werden, wenn der Schenker seine Absicht darauf richtet, den Beschenkten über die Rechtslage des Gegenstands zu täuschen. Indem er durch die Unterdrückung der wahren Tatsache, dass dem zugewendeten Gegenstand ein Rechtsmangel anhaftet, in dem Beschenkten den Irrtum, derselbe sei rechtlich mangelfrei, erregt und so ihn zur Annahme der Schenkung zu bewegen vermag, handelt er arglistig.[69])

[68]) Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 28.

[69]) Vgl. Planck, Kommentar zum B.G.B., Anm. zu § 443, und Oertmann Kom. z. Recht der Schuldv., Anm. 2 zu § 443.

Jedoch wird man wohl noch ein weiteres Erfordernis für die Annahme eines arglistigen Verschweigens aufzustellen, nämlich in den Begriff der „Arglist" noch das Merkmal des Bewusstseins aufzunehmen haben, dass dem Beschenkten durch den Mangel ein Schaden erwachsen kann.[70]) Das geht natürlich über den oben aufgestellten Begriff des arglistigen Verschweigens hinaus, der nur das zur Voraussetzung hat, dass man verschweigt, um zu täuschen, womit der Gedanke, dass der Mangel schädigende Folgen haben kann, nicht unbedingt verbunden zu sein braucht; vielleicht, dass man die Schenkung nicht vornehmen, den Beschenkten wenigstens über die rechtlichen Verhältnisse aufklären würde, wenn man daran dächte, dass der Mangel dem Beschenkten Schaden bringen werde. Andererseits ist damit nicht gesagt, dass der Schenker von der Absicht geleitet werden müsse, den Beschenkten zu schädigen oder ihm sonstige Unannehmlichkeiten zu bereiten, so dass die Täuschung und die dadurch herbeigeführte Annahme des Geschenks ihm nur als Mittel zum Zweck dienten. Kein Zweifel, dass ein solcher Schenker sich gemäss § 523 I haftbar machen würde; aber auf derartige Fälle seine Anwendbarkeit zu beschränken, dürfte wenig angezeigt erscheinen. Der vermittelnde Standpunkt, wonach allein erforderlich ist, dass der Schenker die primäre Absicht hatte, den Empfänger zu täuschen, obgleich er sah, welche unangenehmen Folgen die Schenkung für denselben mit sich bringen könne, scheint uns auf der einen Seite dem besonderen Sinne des Ausdrucks „Arglist" gerecht zu werden, auf der andern Seite aber auch hierauf kein übertriebenes Gewicht zu legen.

Bei einem Schenkungsversprechen könnte zweifelhaft sein, welcher Zeitpunkt für das arglistige Verschweigen in Betracht kommt, ob die Zeit der Abgabe des Versprechens oder die seiner Erfüllung. Man denke z. B. an den Fall, dass jemand eine fremde Sache in der irrigen Meinung, sie gehöre ihm, einem andern verspricht, später aber ihre wahre Rechtslage erfährt und bei ihrer Hingabe dem Beschenkten den Mangel arglistig verschweigt. Es ist wohl kein Grund einzusehen, weshalb man nicht auch in solchem Falle dem Schenker eine Haftung auferlegen solle; ist es doch auch hier sicherlich seine Pflicht, den Beschenkten nicht in seinem vielleicht verhängnisvollen Irrtum weiter leben zu lassen, sondern ihn auf den Rechtsmangel aufmerksam zu machen.

2. Ob auch ausser dem Fall des arglistigen Verschweigens eine Haftung des Schenkers Platz greifen könne, ist bestritten. Von einigen wird nämlich die Ansicht vertreten, dass man unter Zu-

---

[70]) Endemann, Einf. in d. Studium des B.G.B., Bd. I, S. 744, Anm. 1.

hilfenahme des § 307 den Schenker auch dann haftbar machen könne, wenn er durch grobe Fahrlässigkeit den Beschenkten veranlasst habe, sich auf einen Vertrag einzulassn, der ihm das erwartete Recht nicht zu verschaffen vermochte.[71]) Hieran ist zunächst auffällig, dass man des Falles des Vorsatzes nicht gedenkt, der, wie wir gesehen haben, als solcher nicht vom § 523 Abs. I mit umfasst wird. Dann aber ist der Behauptung in ihrem materiellen Inhalt selbst entschieden zu widersprechen; denn zugegeben, dass man berechtigt ist, derartige Fälle unter den Gesichtspunkt der ursprünglichen Unmöglichkeit zu bringen, so kann doch kein Zweifel darüber bestehen, dass der § 307 von der subjektiven Unmöglichkeit, dem Unvermögen des Schuldners zur Leistung, das doch hier allein in Betracht kommt, gar nicht spricht.

Wenn einzelne Paragraphen, die nur von der Unmöglichkeit, worunter nach dem Sprachgebrauch des B.G.B. allein die objektive zu verstehen ist, reden, auch auf das Unvermögen des Schuldners zu beziehen sind, z. B. der § 281, so hat das seinen Grund darin, dass für die nachträgliche Unmöglichkeit die Gleichstellung mit dem Unvermögen in dem ersten davon handelnden Paragraphen (§ 275) ausdrücklich geschehen ist und darum auch für die folgenden zu gelten hat, davon abgesehen, dass der Sinn der Paragraphen selbst die Gleichstellung notwendig fordert.[72]) Bezüglich der ursprünglichen Unmöglichkeit sind nun die darüber gegebenen Bestimmungen nur für die (objektive) Unmöglichkeit aufgestellt, ohne auf das Unvermögen des Schuldners für anwendbar erklärt zu werden. Auch würde die Behandlung des ursprünglichen Unververmögens als ein die Nichtigkeit des Geschäfts und darum nur die Haftung auf das negative Vertragsinteresse begründender Umstand mit allgemein anerkannten Grundsätzen in Widerspruch geraten.

Natürlich muss, wenn man sich auf den bekämpften Standpunkt stellt, die Ersatzpflicht auf den Fall der groben Fahrlässigkeit gemäss § 521 beschränkt werden, worüber wohl nur infolge eines Missverständnisses ein Tadel[73]) laut werden konnte.

§ 14. Umfang der Haftung.

Führt das arglistige Verschweigen des Mangels zu dem erhofften Ergebnis, indem der zu Beschenkende die Schenkung annimmt, „so ist der Schenker verpflichtet, dem Beschenkten den

---

[71]) So Meisner, Kom. zum B.G.B., Anm. 3 zu § 523, Matthias, Lehrb. d. bürg. Rechts, Bd. I, S. 534.

[72]) Vgl. Schollmeyer, Kom. zum Allg. Teil des Rechts der Schuldv., § 306, Anm. 1.

[73]) Fabian, Die Gewährleistungpfl. des Schenkers, S. 37.

daraus entstehenden Schaden zu ersetzen". Damit ist gesagt, dass der Schenker für den Schaden verantwortlich ist, der durch sein arglistiges Verhalten verursacht worden ist; also hat er allen Schaden zu ersetzen, der dem Beschenkten nicht erwachsen sein würde, wenn ihm der Mangel nicht arglistig wäre verschwiegen worden. Die für die Ersatzpflicht notwendige Beziehung zwischen dem arglistigen Verschweigen als Ursache und dem Schaden als Wirkung besteht natürlich dann nicht, wenn der Empfänger über die Rechtslage unterrichtet gewesen ist und trotzdem die Schenkung nicht abgelehnt hat; dann hat er die Schuld an einem ihn treffenden Vermögensnachteil sich selbst zuzuschreiben. Also nur, weil der Beschenkte infolge der Täuschung der irrigen Ansicht gewesen ist, einen unanfechtbaren Rechtserwerb zu machen, und dadurch einen Schaden erleidet, ist ihm der Schuldner ersatzpflichtig.

Demnach ist der dem Beschenkten zu ersetzende Schaden danach zu bemessen, wieviel er daran interessiert ist, den Mangel gekannt zu haben; oder anders ausgedrückt, er hat einen Ersatzanspruch bezüglich des Schadens, der dadurch entstand, dass er den Mangel nicht gekannt hat. Nicht ist ihm etwa der Schaden zu ersetzen, der in der Existenz des Mangels seine Ursache hat; das wäre das Erfüllungsinteresse, weil dann das Interesse des Beschenkten darauf gehen würde, einen rechtlich mangelfreien Gegenstand erworben zu haben. Da die Kenntnis des Mangels den Beschenkten von der Annahme der Schenkung zurückgehalten hätte, so ist der Schaden, den seine Unkenntnis ihm verursacht, als die Nachteile zu bezeichnen, welche die Annahme der Schenkung für ihn mit sich bringt. Es werden ihm also zu ersetzen sein die Kosten, die er im Prozesse mit dem obsiegenden dritten Berechtigten zu zahlen hatte, ferner die Aufwendungen auf den entzogenen Gegenstand, deren Ersatz er von jenem nicht erlangen konnte, auch der Schaden, den er dadurch erleidet, dass er infolge der Schenkung die Gelegenheit zu einem günstigen Erwerbe der Sache unbenutzt liess und nun einen höheren Preis für sie zahlen muss u. dergl. m.

Es ergibt sich hieraus, dass der Schenker nur auf das negative Interesse haftet.[74]) Dies entspricht auch vollkommen der Grundauffassung, von der man bei Regelung der ganzen Frage ausging. Der Schenker gibt die Sache so, wie er sie hat. Macht er sich einer Arglist schuldig, indem er wider Treu und Glauben den Mangel verschweigt, so kann man ihn doch nicht zur Strafe dafür zur Verschaffung des Rechts zwingen, zu der er an sich ja gar

---

[74]) Ebenso Dernburg, Bürg. Recht, II, 2, S. 126, Planck, Anm. 1a zu § 523, Oertmann Anm. 2 zu § 523, S. 242.

nicht verpflichtet ist, sondern ihn nur den Schaden tragen lassen, der dem Beschenkten daraus erwachsen ist, dass er auf die Unentziehbarkeit des Gegenstandes vertraute.[75])

B. Das Versprechen erst zu erwerbender Gegenstände.

§ 15. Die Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht.

1. Nach Abs. II des § 523 tritt eine besondere Behandlung ein, wenn der Schenker die Leistung eines Gegenstands versprochen hatte, den er erst erwerben sollte. Es ist auch hier ohne Bedeutung, ob von den Parteien eine ganz bestimmte Spezies ins Auge gefasst oder der Gegenstand des Schenkungsversprechens nur generisch bezeichnet wurde. Dass der Schuldner in der Schenkungsurkunde ausdrücklich erklärte, den Gegenstand für den Beschenkten erwerben zu wollen, wie Cosack[76]) meint, kann nicht gefordert werden. Es muss vielmehr genügen, wenn beide Kontrahenten zur Zeit der Abgabe des Versprechens, sei es nach ausdrücklicher Vereinbarung, sei es gemäss stillschweigender Voraussetzung, darüber einig sind, dass das Schenkungsobjekt erst vom Schenker zum Zwecke der Leistung an den Beschenkten angeschafft werden soll.[77]) Ob eine dahin gehende Intention schon darin liegt, dass schlechthin ein generisch bestimmter Gegenstand versprochen wird, wird unter verschiedenen Umständen auch eine verschiedene Antwort finden müssen. Ist den Beteiligten bekannt, dass die Gattung in den Vermögensbeständen des Schenkers überhaupt nicht vertreten ist, so ist damit klar, dass der Schenkungsgegenstand erst erworben werden solle. Befinden sich dagegen Sachen der genannten Gattung im Vermögen des Schenkers und haben die Parteien hiervon Kenntnis, so wird im Zweifel das Versprechen als auf die vorhandenen Gegenstände gerichtet zu gelten haben, und man wird, wenn gleichwohl der Schenker den Gegenstand nicht seinem Bestand entnimmt, sondern anderweit sich verschafft, dem Beschenkten nicht den in § 523 II gewährten Anspruch zugestehen können.

Umgekehrt wird man, wenn nach der übereinstimmenden Absicht beider Teile der versprochene Gegenstand erst erworben werden soll, der Schenker aber aus seinen Beständen die Leistung bewirkt, dem Beschenkten seine Rechte nicht um deswillen verkürzen dürfen, weil der Schuldner nicht den ihm vertragsmässig vorgezeichneten Weg zur Erfüllung seines Versprechens eingeschlagen

---

[75]) Prot. d. 2. Kom., II, S. 27.
[76]) Lehrb. des Bürg. Rechts, Bd. I, § 139, IV, 2d.
[77]) Vgl. Dernburg, Bürg. Recht, II, 2, S. 127, Anm. 7.

hat. Als der dem Erwerb entsprechende Zeitpunkt müsste dann der Moment gelten, in dem der Schenker die Ausscheidung aus seinem Vermögen vornimmt. Mit dieser Auffassung befindet man sich zwar nicht im Einklange mit dem präzisen Ausdruck des Gesetzes, aber die Billigkeit fordert durchaus eine analoge Behandlung.

Die oben gekennzeichnete Ansicht Cosacks würde, da sie eine Erklärung in der Schenkungsurkunde verlangt, dazu führen, dass der Schenker aus § 523 II nicht in Anspruch genommen werden könnte, wenn er sich formlos zur Leistung eines von ihm erst zu erwerbenden Gegenstands verpflichtet und daraufhin die Leistung bewirkt hat. Dass ein solches Schenkungsversprechen, das der in § 518 Abs. I vorgeschriebenen Form ermangelt, gültig ist, wenn die versprochene Leistung bewirkt wird, ist in Abs. II des § 518 ausdrücklich bestimmt. Doch kann man über die juristische Struktur eines so nachträglich konvalescierenden Versprechens verschiedener Ansicht sein, von der aus man zu dem durch die Auffassung Cosacks gebotenen Resultat zu gelangen hat oder nicht.

Dem 1. Entwurf war eine dem Abs. II des § 518 entsprechende Bestimmung fremd, so dass man sich nach ihm, wenn ein formlos Versprechender den versprochenen Gegenstand leistet, stets vor die Frage gestellt sehen würde, ob er es unter Absehen von dem Versprechen bezw. in Kenntnis seiner Nichtigkeit tut oder in der irrtümlichen Meinung, zu seiner Erfüllung verpflichtet zu sein, in welch' letzterem Falle ihm eine condictio indebiti zustehen würde.

In der 2. Lesung erkannte man, dass damit Konstruktionen geschaffen würden, die im praktischen Leben keinen Boden hätten[78]), und gestand der einem formlosen Versprechen folgenden Leistung des versprochenen Gegenstands stets volle Wirksamkeit zu. Es wäre nun möglich, sich den Vorgang dabei so zu denken, als ob eine solche Erfüllung des formlosen Schenkungsversprechens stets wie eine Realschenkung aufzufassen wäre, so dass das vorausgegangene Versprechen gänzlich unberücksichtigt bliebe, weshalb der § 523 Abs. II hier keine Anwendung finden könnte; oder aber so, dass die Bewirkung der Leistung dem an sich kraftlosen Versprechen, sozusagen, den Lebensatem einhauchte, der es in den Stand setzte, auch wirklich als das, was es ist, zu existieren und entsprechende Wirkungen seines Daseins zu äussern. Bei dieser Auffassung kann kein Zweifel darüber obwalten, dass der § 523 Abs. II auch auf das formlose Schenkungsversprechen zu beziehen ist. Sie für die richtige zu halten, gebietet der Wortlaut des B.G.B. Wenn nämlich § 518 Abs. II besagt: „Der Mangel

[78]) Vgl. Protokolle, II, S. 11.

der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt", so wird damit doch der Gedanke ausgesprochen, dass ein so erfülltes formloses Versprechen so anzusehen ist, wie ein unter Wahrung der vorgeschriebenen Form abgegebenes und daher der gleichen Behandlung teilhaftig zu werden hat wie dieses. Vertritt man dagegen die entgegengesetzte Ansicht, so gibt man dem gesetzeskundigen Schenker das beste Mittel an die Hand, sich durch Abgabe eines formlosen Schenkungsversprechens der in § 523 II statuierten strengeren Haftung zu entziehen, was schwerlich im Sinne des Gesetzgebers gelegen sein dürfte.

2. Sind hiermit nun alle Voraussetzungen festgestellt, unter denen der Abs. II des § 523 zur Anwendung zu gelangen hat, oder tritt noch ein Weiteres hinzu? Das letztere ist u. E. der Fall. Es muss noch die Bedingung erfüllt sein, dass dem Schenker bei dem Erwerbe des Gegenstands[79]) der Mangel im Recht bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Man könnte verwundert fragen, wie hierüber überhaupt ein Zweifel möglich sein kann, ist doch vom Gesetz dieses Erfordernis ausdrücklich genannt. Hierauf wäre zu antworten, dass von der Kenntnis bezw. grobfahrlässigen Unkenntnis des Mangels beim Erwerbe nur in unmittelbarer Beziehung zu dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Rede ist, folglich ein anderer Anspruch, der sich aus der analogen Anwendung der für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers geltenden Vorschriften ergäbe, nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht notwendig von jener Voraussetzung abhängig gemacht werden müsse. Also die Möglichkeit, im allgemeinen von einem weiteren Erfordernis abzusehen, ist unbestreitbar; es fragt sich nur, ob eine Nötigung hierzu vorliegt oder auch nur Zweckmässigkeitsrücksichten es empfehlen. Wir verneinen es vorläufig, indem wir die Begründung unserer Ansicht einer späteren Erörterung vorbehalten.

Es muss also der Mangel dem Schenker beim Erwerb des Gegenstands bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sein. Ueber den Begriff der groben Fahrlässigkeit ist hier nur soviel zu bemerken, dass damit eine besonders in die Augen springende Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bezeichnet wird. Allein der Zeitpunkt des Erwerbes

---

[79]) Das Gesetz spricht vom „Erwerb der Sache", was wohl auf ein redaktionelles Versehen zurückzuführen ist, da im Vordersatz von der „Leistung eines Gegenstands" gesprochen wird, folglich also im Nachsatz, wo es sich um dasselbe Objekt handelt, ebenfalls nur der „Gegenstand" gemeint sein kann. Ausserdem würde es für die Beschränkung auf „Sachen" an einem vernünftigen Grund fehlen.

ist entscheidend. Ist die Bedingung in diesem Zeitpunkt nicht gegeben, sondern erfüllt sich ihr Tatbestand erst später, so ist § 523 Abs. II nicht mehr anwendbar, mag selbst der Schenker bei der Ausantwortung des Gegenstands an den Empfänger den Mangel arglistig verschweigen; hier kann immer nur der Abs. I in Frage kommen. Er kann sich auch von der Haftung nicht etwa dadurch befreien, dass er nach dem Erwerbe, der sich in der vom Abs. II getroffenen Weise vollzog, dem Beschenkten von dem Mangel Mitteilung macht. Es könnte sich höchstens fragen, ob nicht in der vorbehaltlosen Annahme des rechtlich mangelhaften Gegenstands seitens des über den Mangel unterrichteten Beschenkten ein Verzicht auf seine Ansprüche liegt, was jedoch im Zweifel nicht anzunehmen sein wird.[80])

§ 16. Inhalt der Gewährleistungspflicht.

1. Bei wem die eben geschilderten Voraussetzungen vorliegen, der kann nach den für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers geltenden, in Satz 2 des Abs. II aufgezählten Vorschriften in Anspruch genommen werden. Es handelt sich also zunächst darum, festzustellen, welchen Verpflichtungen der Schenker nicht nachgekommen sein muss, damit die stärkere Haftung aus § 523 Abs. II eintreten kann.

Die Hauptverbindlichkeit, die den einen erst zu erwerbenden Gegenstand versprechenden Schenker trifft, ist die, dem Beschenkten, wenn eine Sache verschenkt ist, das Eigentum daran, bildet ein Recht den Gegenstand des Schenkungsversprechens, das Recht zu verschaffen (§ 423 Abs. I), mit anderen Worten, es liegt ihm eine Rechtsverschaffungspflicht ob.

Doch auch dafür hat er einzustehen, dass der verschenkte Gegenstand frei von Rechten ist, die von Dritten gegen den Beschenkten geltend gemacht werden können (§ 434). Es gehören hierher einmal dingliche Rechte, wie Servituten, Reallasten, Pfandrechte, Hypotheken, auch dingliche Verkaufsrechte und die mit dinglicher Kraft ausgestatteten Vormerkungen zur Sicherung persönlicher Ansprüche, nicht minder Veräusserungsverbote im Sinne der §§ 135 und 136, welche die Verfügung gegenüber der durch das Verbot geschützten Person unwirksam machen. Auch persönliche Rechte, die, wie Miete und Pacht, gegen den neuen Erwerber wirken und soweit ein dingliches Element in sich aufgenommen haben, sind hierher zu zählen.

Der unentgeltlichen Zuwendung eigentümlich ist, wie bereits in der Einleitung unter III. bemerkt wurde, der Bereicherungs-

[80]) Ebenso Fabian, Gewährleistungspflicht, S. 40, Anm. 42.

anspruch des dritten Berechtigten gegen denjenigen, der aus der jenem gegenüber an sich wirksamen Verfügung eines Nichtberechtigten unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 816). Er fällt somit zweifellos unter die Kategorie der Rechte, die von Dritten gegen den Beschenkten geltend gemacht werden können. Jedoch weist er eine Besonderheit auf, die einer strengen buchstäblichen Auffassung des § 523 Abs. II Veranlassung geben könnte, bei seinem Vorliegen überhaupt nicht die hier geregelte Gewährleistungspflicht Platz greifen zu lassen. Die Eigentümlichkeit besteht darin, dass der Mangel, der dem Recht des Beschenkten in diesem Falle anhaftet, ein anderer ist, als der Mangel, der dem Schenker beim Erwerb des Gegenstands bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Das wird an einem Beispiel klar werden. A verspricht dem B schenkweise eine Uhr, die er bei dem Uhrmacher C für ihn kaufen wolle. Die Uhr, die ihm der C verkauft, war diesem aber von D verpfändet. Fehlt dem A bei dem Erwerbe der gute Glaube, d. h. (§ 932), ist ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt, dass dem C nicht das Eigentum an der Uhr zusteht, so ist die Uebergabe der Uhr an den Beschenkten B, der natürlich, um das Eigentum an ihr zu erlangen, gutgläubig sein muss, die Verfügung eines Nichtberechtigten, die nach § 816 für den Berechtigten, D, einen persönlichen Anspruch gegen den Beschenkten erzeugt. Der Mangel, den der Schenker kannte oder grobfahrlässig nicht kannte, ist das Eigentum des D, während der Rechtsmangel, mit dem der Beschenkte die Uhr erwirbt, im Moment des Erwerbs in der Gestalt des Bereicherungsanspruchs des D entsteht. Dessenungeachtet muss, dem Sinne des § 523 II entsprechend, auch ein solcher Fall als geeignet anerkannt werden, die Haftung des Schenkers aus diesem Paragraphen zu begründen, da doch der Bereicherungsanspruch des § 816 die Existenz des dem Schenker beim Erwerb bekannten u. s. w., den Mangel darstellenden dinglichen Rechts des Dritten voraussetzt, welches ja nur in jenem persönlichen Recht fortwirkend zur Erscheinung kommt.

Man könnte auch daran denken, den § 822 hier heranzuziehen, wonach dann, wenn der auf die Herausgabe der Bereicherung haftende Empfänger das Erlangte einem Dritten unentgeltlich zuwendet, dieser Dritte dem Gläubiger zur Herausgabe soweit verpflichtet ist, als infolge der Zuwendung die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist. An sich wäre allerdings der hier bestimmte Herausgabeanspruch als ein Recht aufzufassen, das gegen den Beschenkten geltend gemacht werden kann. Jedoch muss die Möglichkeit seiner Verbindung mit

unserem Fall bei dessen Eigenart verneint werden. Da der Schenker nach § 523 Abs. II, um zu dem versprochenen Gegenstand zu gelangen, ein auf seinen Erwerb gerichtetes Geschäft abschliessen muss, so kann als ein Fall, bei dem der Schenker als der „Empfänger" des § 822 zu gelten hätte, rein äusserlich betrachtet, nur der Fall des § 816 Abs. I. S. 2 in Frage kommen; es müsste also dem Schenker von einem Nichtberechtigten eine unentgeltliche Zuwendung gemacht sein. Indessen schliesst das für die Haftung aus § 523 Abs. II bestehende Erfordernis des bösen Glaubens beim Erwerb auch die Verwertbarkeit dieses Falles, der umgekehrt beim Empfänger der unentgeltlichen Zuwendung guten Glauben verlangt, für die Gewährleistungspflicht des Schenkers aus.

Als ein Mangel im Recht ist es auch anzusehen, wenn bei der Schenkung eines Grundstücks oder eines Rechts an einem solchen im Grundbuch Rechte eingetragen sind, die nicht bestehen, aber im Fall ihres Bestehens das dem Beschenkten zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden. Das Gleiche gilt bei der Schenkung eines Schiffs oder eines Rechts daran für die im Schiffsregister eingetragenen Rechte (§ 435). Dagegen haftet der ein Grundstück Schenkende nicht für die Freiheit desselben von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind (§ 436), mag er sie auch beim Erwerb des Grundstücks gekannt haben.

Bei dem Versprechen einer Forderung oder eines sonstigen Rechts, z. B. eines Patentrechts, haftet der Schenker für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts (§ 437 Abs. I). Besteht das Recht nicht, so ist er ersatzpflichtig, gleichviel, ob es nie bestanden hat oder früher begründet wurde und später erloschen ist oder zwar jetzt formell besteht, aber durch eine Einrede vernichtet oder wenigéens nicht realisiert werden kann.[81]) Als der Zeitpunkt, für den er den Bestand des Rechts zu garantieren hat, hat natürlich der Zeitpunkt seines Erwerbes zu gelten. In analoger Weise ist die Zusicherung zu behandeln, dem Beschenkten ein Wertpapier zu verschaffen, bei dem die Haftung des Schenkers darauf geht, dass es nicht zum Zweck der Kraftloserklärung aufgeboten ist. (§ 437 Abs. II.)

In Ansehung der Kenntnis des Beschenkten vom Mangel bedurfte es keiner besonderen Bestimmung, wie beim Kauf, bei dem im § 439 Abs. I der Verkäufer für nicht haftbar erklärt wird, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt; denn die Sachlage ist bei dem auf einen erst zu erwerbenden Gegen-

[81]) Vgl. Dernburg, Bürg. Recht, II, 2, S. 45.

stand gerichteten Schenkungsversprechen eine ganz andere wie beim Kauf. Hier ist in der Kenntnis des Mangels ein Umstand zu erblicken, der die Annahme rechtfertigt, dass der trotzdem den Kaufvertrag schliessende Käufer die aus dem Rechtsmangel drohende Gefahr auf sich nehmen wolle.[82]) Bei der besonderen Art des Schenkungsversprechens dagegen, die im § 523 Abs. II geregelt ist, muss die Kenntnis des Beschenkten vom Mangel gänzlich belanglos bleiben, da er in diesem Fall doch darauf vertrauen kann, dass der Schenker den vorhandenen Mangel beseitigen werde.

Konnte man so den allgemeinen Satz des § 439 Abs. I nicht auf die Schenkung übertragen, so brauchte natürlich auch nicht der § 439 Abs. II, der für Hypotheken, Pfandrechte und ähnliche dingliche Rechte eine Ausnahme von jener Regel statuiert, im § 523 Abs. II angezogen zu werden, und er konnte es auch aus logischen Gründen nicht, weil der in § 439 Abs. II ausgesprochene Gedanke bei der Schenkung allgemeine Geltung hat. Es ist daher verfehlt, umgekehrt daraus, dass der § 439 Abs. II nicht im § 523 Abs. II angeführt ist, den allgemeinen Schluss ableiten zu wollen, dass „der Beschenkte, wenn er bei Abschluss des Schenkungsvertrages den Mangel kannte, im Zweifel nicht Beseitigung desselben wird verlangen können"[83]); es ist dabei eben übersehen, dass auch der Abs. I des § 439 nicht mitcitiert ist.

2. Weist der geleistete Gegenstand einen Mangel im Recht auf, wie ihn nach den bisherigen Ausführungen der Schenker zu vertreten hat, so kann der Beschenkte zunächst Beseitigung des Mangels beanspruchen. Der § 523 Abs. II spricht zwar ausdrücklich nur vom Schadensersatz; aber durch die Anführung der für den Kauf geltenden Vorschriften haben doch nicht nur die Pflichten festgestellt werden sollen, deren Verletzung den Schenker haftbar macht, sondern es sollte damit ausgesprochen werden, dass unter den in Satz 1 bestimmten Voraussetzungen schlechthin die Behandlung einzutreten hat, deren Einzelheiten beim Kauf näher normiert sind, und dass der Verkäufer, der seiner Rechtsverschaffungspflicht nicht nachgekommen ist, immer noch auf Erfüllung, d. h. Beseitigung des Mangels, in Anspruch genommen werden kann, unterliegt keinem Zweifel.[84]) Dass nur die Schadensersatzpflicht im § 523 Abs. II expressis verbis hervorgehoben ist, erklärt sich dadurch, dass damit dem Abs. I gegenüber, der die Haftung auf das negative Interesse ausspricht, die davon abweichende Art der hier zu fordernden Interesseleistung, der Schadenersatz wegen Nicht-

[82]) Vgl. Meisner, Kom. z. B.G.B., Anm. 1 zu § 439.
[83]) Fabian, Gewährleistungspflicht, S. 41.
[84]) Vgl. die Kommentare.

erfüllung, stärker betont werden sollte, als es durch eine allgemeine Verweisung auf die beim Kauf gegebenen Vorschriften hätte geschehen können. Ausserdem musste es doch angezeigt sein, gerade die Wirkung, in welcher die Gewährleistungspflicht am greifbarsten in die Erscheinung tritt, besonders augenfällig zu machen.

Angesichts dieser Sachlage wird man es auch gerechtfertigt finden, wenn wir oben (S. 51) die Frage verneinten, ob sich die im § 523 Abs. II bestimmte Beschränkung, nämlich das Verschulden beim Erwerb des Gegenstands, nur auf die Pflicht zur Leistung des Schadenersatzes beziehe. Anderer Ansicht ist, soweit wir sehen, nur Oertmann[85]), der sie aus dem Grundgedanken des Gesetzes als notwendige Konsequenz glaubt ableiten zu müssen. Der Gedanke, so meint er, welcher der Verschärfung der Haftung des die Leistung eines erst zu erwerbenden Gegenstands versprechenden Schenkers zu Grunde liege, sei nicht der, dass die Anschaffung der Sache in solchem Falle zur Erfüllung gehöre und daher der Schenker bei ihr nach § 521 nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten habe; denn das würde immer nur, wie nach Abs. I, eine Haftung auf das negative Interesse begründen. Sondern der Grund liege darin, dass dem Schenker geradezu eine Verschaffungspflicht bez. des Rechts auferlegt werde. Um das zu beweisen, schlägt er nun, wie uns scheint, gänzlich unnötig den Umweg ein, dass er den § 434 heranzieht, der den Schenker verpflichte, den Gegenstand lastenfrei zu verschaffen, was zur Voraussetzung habe, dass er auch zur Verschaffung des vollen Rechts selbst verpflichtet sein müsse; er hätte sich hierzu einfacher auf den im § 523 Abs. II ebenfalls für anwendbar erklärten § 433 Abs. I berufen können, der die Rechtsverschaffungspflicht klar und deutlich ausspricht. Hieraus schliesst er, dass die Kenntnis bezw. die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis vom Mangel beim Erwerb nur die Bedingung sei für die Ersatzklage, nicht für die Pflicht zur Verschaffung des Rechts.

Zu diesem Schluss zwingt jedoch nichts. Allerdings wird dem Schenker eine Rechtsverschaffungspflicht auferlegt, was dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes gegenüber unbestreitbar ist. Aber was steht denn im Wege, sie in der Weise an genau umschriebene Voraussetzungen zu binden, dass man den Schenker zur nachträglichen Verschaffung des Rechts nur dann für verpflichtet erachtet, wenn er sich beim Erwerb des versprochenen Gegenstands des Vorsatzes oder der groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht hat? Auch ist gar nicht einzusehen, warum bei der Auffassung, dass die

---

[85]) Kom. z. B.G.B., S. 243.

Anschaffung zur Erfüllung gehöre und daher das hierbei vorkommende Verschulden nach § 521 zu vertreten sei, nur die Haftung auf das negative Interesse begründet sein könne. Mit dem Beispiel des § 523 Abs. I wird man doch unmöglich operieren dürfen, weil die Abwesenheit des arglistigen Verschweigens doch dem Beschenkten nicht das volle Recht verschaffen, sondern ihn nur vor Schaden bewahren könnte, während der andere Fall eine hiervon wesentlich verschiedene Gestaltung zeigt.

Ferner fehlt es der von Oertmann gemachten Unterscheidung an einem inneren Grund. So lange also die Beseitigung des Mangels noch möglich ist, müsste auch der weder vorsätzlich noch grobfahrlässig einen rechtlich mangelhaften Gegenstand erwerbende Schenker auf die Erfüllung haften, sollte sie selbst mit den grössten Schwierigkeiten und Kosten verbunden sein. Ergibt sich aber ihre Unmöglichkeit, so solle er frei sein, während der Schenker, bei dem der subjektive Tatbestand des § 523 Abs. II erfüllt ist, weiter verhaftet bliebe.

Schliesslich wäre schlechterdings gar nicht zu begreifen, warum den Schenker, der die Leistung eines erst zu erwerbenden Gegenstands versprochen hatte, eine so unvergleichlich strengere Haftung als einen anderen Schenker treffen sollte, wenn nicht aus dem Gesichtspunkt, dass er beim Erwerb das Interesse des Beschenkten im Auge zu behalten hat und sich daher keine grobe Nachlässigkeit zu schulden kommen lassen darf.

Wir können uns demnach durch die Ausführungen Oertmanns nicht für überzeugt halten, dass für die Ersatzklage andere Voraussetzungen zu gelten haben als für den Anspruch auf Verschaffung des Rechts.

Es erhebt sich nunmehr die Frage, wann an Stelle der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehrt werden kann. Es kommen hierfür die allgemeinen, in dem 1. Titel des 2. Buchs niedergelegten Grundsätze zur Anwendung.[86]) Zunächst der § 280, nach dem der Schuldner, soweit die Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstands unmöglich wird oder sein Unvermögen zur Leistung eintritt, wie wir aus § 275 Abs. II zu ergänzen haben, den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen hat. Ferner kann im Fall des Verzuges nach § 286 der Gläubiger, wenn infolge des Verzugs die Leistung für ihn kein Interesse hat, statt der Leistung das Erfüllungsinteresse verlangen. Besonders wichtig ist § 283, weil dadurch der Beschenkte des ihm sonst obliegenden Beweises, dass die Leistung nicht möglich ist,

---

[86]) So auch Planck, 1b zu § 523.

sich entledigen kann. Nach § 283 kann nämlich der Gläubiger dem rechtskräftig zur Leistung verurteilten Schuldner zur Bewirkung derselben eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne; lässt der Schuldner die Frist ungenutzt verstreichen, so haftet er dem Gläubiger fortan allein auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Ist einer dieser Fälle gegeben, so kann bezw. muss in der Regel der Beschenkte die Ersatzklage gegen den Schenker anstrengen. Nur für einen Fall sind noch besondere Kautelen vorgesehen. Handelt es sich nämlich um eine bewegliche Sache, die dem Beschenkten zum Zweck der Eigentumsübertragung übergeben worden ist, so kann er wegen des Rechts eines Dritten, das zum Besitz der Sache berechtigt (Eigentum, Niessbrauch, Pfandrecht), Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht ohne weiteres verlangen. (§ 440 Abs. II—IV.) Im allgemeinen steht allerdings das B.G.B. nicht auf dem gemeinrechtlichen Eviktionsstandpunkt, sondern lässt es zum Anspruch auf Gewährleistung, wie wir das übrigens hinsichtlich der Schenkung auch für das gemeine Recht feststellen konnten, genügen, wenn die Existenz des Rechtsmangels feststeht, ohne dass sich Vermögensnachteile daran geknüpft zu haben brauchen. Nur für bewegliche Sachen findet unter den oben bezeichneten Voraussetzungen eine Ausnahme statt, welcher der Gedanke zu Grunde liegt, dass der Berechtigte nicht eine Entschädigung wegen des Rechtsmangels erlangen solle, während er noch die Vorteile geniesst, die der Besitz der Sache gewährt.[87]) Darum wird dem Beschenkten der Ersatzanspruch nur zugebilligt, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Schenker zurückgewährt, welchem Fall es gleichsteht, wenn der Beschenkte den ihm gegen einen anderen zustehenden Herausgabeanspruch an den Schenker abtritt, oder wenn die Sache untergegangen ist. Ebenso, wenn der Dritte und der Beschenkte einander beerben, oder wenn der Beschenkte das Recht des Dritten anderweit erwirbt oder ihn abfindet. Das Gleiche gilt auch, wenn ein Recht an einer beweglichen Sache verschenkt ist, das zum Besitz der Sache berechtigt. (§ 441.)

Die dargestellten Grundsätze nicht auch auf das generische Schenkungsversprechen uneingeschränkt zur Anwendung zu bringen, ist bei dem Mangel besonderer Bestimmungen darüber weder geboten noch statthaft. Würde man dem Beschenkten das Recht geben, Lieferung einer anderen Sache der betreffenden

---

[87]) Prot., I, S. 663.

Gattung zu verlangen, so würde man damit ohne Not eine Ausnahme von der sonst festgehaltenen Eviktionshaftung schaffen; deshalb wurde auch in der zweiten Lesung ein darauf zielender Antrag abgelehnt.[88]) Indessen wird der Beschenkte auf einem anderen Wege doch zu einer Sache derselben Gattung gelangen können. Erhebt er nämlich den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist der Schenker verpflichtet, den Zustand herzustellen, der ohne den Eintritt des zum Ersatz verpflichtenden Umstandes bestehen würde (§249). Diese Naturalherstellung wird sich nun bei nur generisch bestimmten Gegenständen in der Regel durch Leistung eines anderen Gegenstandes aus der betreffenden Gattung bewerkstelligen lassen.[89]) Natürlich gelten auch für diese Art des Schadensersatzes die sich aus § 440 ergebenden Beschränkungen.

Es ist noch zu bemerken, dass im Streitfall von dem Beschenkten der Beweis dafür zu erbringen ist, dass der geleistete Gegenstand den von ihm behaupteten Mangel im Recht aufweist. (§ 442.)

C. Vereinbarungen der Parteien.

§ 17.

Der Wille der Parteien kann sich in zwei Richtungen äussern. Einmal kann er dahin gehen, die gesetzliche Haftung auszuschliessen, und das andere Mal, sie zu erweitern. Was den ersten Punkt betrifft, so wird man sich dahin zu entscheiden haben, dass dem Schenker die Haftung, die er kraft Gesetzes durch das arglistige Verschweigen auf sich lädt, nicht im voraus erlassen werden kann. Der Fall ist nur denkbar bei einem Schenkungsversprechen, und zwar bei einem solchen, bei dessen Abgabe der Schenker noch von Arglist frei ist; denn verschweigt er bereits in diesem Zeitpunkt arglistig den Mangel, so macht er sich damit für den Fall, dass der Beschenkte geschädigt wird, haftbar, und auf den hieraus entspringenden Anspruch kann der Beschenkte, weil er ihm schon, wenn auch nur bedingt, erworben ist, sicherlich verzichten. Im anderen Falle aber kann der Schenker nicht im voraus von seiner erst künftig zur Existenz gelangenden Haftung entbunden werden. Dies muss aus dem Grunde behauptet werden, weil nach § 276 dem Schuldner nicht im voraus die Haftung wegen Vorsatzes erlassen werden kann und folglich bei der Arglist, die sich dem Vorsatz gegenüber als der stärkere Grad des Verschuldens darstellt, nicht eine mildere Auffassung gelten kann. Für das Schenkungsversprechen zumal, durch

---

[88]) Prot., II, S. 28.

[89]) Vgl. Kipp bei Windscheid, Bd. 2, S. 637.

das man sich zur Leistung eines erst zu erwerbenden Gegenstands verpflichtet, gilt, dass eine Vereinbarung, durch welche die dem Schenker wegen eines Mangels im Recht obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen oder beschränkt wird, nichtig ist, wenn der Schenker den Mangel arglistig verschweigt (§ 523 Abs. II in Verb. mit § 443).

Unzweifelhaft kann der Schenker eine über das gesetzliche Mass hinausgehende Haftungsverbindlichkeit übernehmen. Das ist zwar im Gesetz nicht gesagt oder auch nur angedeutet, muss aber gleichwohl als sicher angenommen werden[90]); denn es ist nicht abzusehen, welches Interesse wohl einer Erweiterung seiner Haftung entgegenstehen sollte. Ist eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, so ist er ihrem Inhalt gemäss verpflichtet, so dass er danach auf die vollständige Rechtsverschaffung haften kann, ohne dass bei der Schenkung erst zu erwerbender Gegenstände die besonderen Voraussetzungen des § 523 Abs. II vorzuliegen brauchen. Darüber, ob in der Schenkung einer fremden Sache als „fremden" eine stillschweigende Garantieübernahme liegt, vgl. das oben S. 17 für das gemeine Recht Bemerkte, das wohl auf das B.G.B. ebenfalls Anwendung zu finden hat.

Wie man die Schenkung einer Sache unter der ausdrücklichen Hervorhebung, dass sie eine eigene sei, zu beurteilen hat, dürfte Schwierigkeiten machen. Zweifellos haftet der Schenker nach § 523 Abs. I, wenn er trotz Kenntnis des Mangels die Sache arglistig als seine eigene ausgibt, da er hiermit noch einen Schritt über das arglistige Verschweigen hinausgeht. Ob man ihn aber darüber hinaus das positive Interesse leisten zu lassen hat, erscheint fraglich; wir glauben, es verneinen zu müssen, da es weder den Intentionen des Schenkers entspricht, noch im Gesetz einen Anhalt hat. Aus demselben Grunde ist für denjenigen jegliche Haftung abzulehnen, der nur vorsätzlich oder grobfahrlässig eine Sache, die er verschenkt, als ihm gehörig bezeichnet, wenngleich zuzugeben ist, dass man in solchem Falle mit mehr Recht geneigt sein könnte, ihn wenigstens nach Massgabe des § 523 Abs. I haften zu lassen.

D. Kritik.

§ 18.

Der Regelung, welche die Frage nach der Haftpflicht des Schenkers wegen Mängel im Recht im B.G.B. gefunden hat, müssen wir unsere Billigung versagen.

Zunächst ist zu fragen, warum der Umstand, dass der Schenker den versprochenen Gegenstand erst erwerben solle, eine so be-

[90]) Ebenso Oertmann, a. a. O., Anm. 2 zu § 523.

deutende Steigerung seiner Haftung im Gefolge haben müsse. Das dürfte den Anschauungen des Lebens wenig entsprechen. Treffend ist, was Schollmeyer[91]) darüber sagt: „Liegt nicht von vornherein eine viel grössere Aufopferung seitens des Schenkers vor, wenn er erst die Sachen anschaffen muss, als wenn er aus dem vollen Eigenen giebt?“ Und derselbe Grund, der für eine Verschärfung der Haftpflicht im Falle des Versprechens erst zu erwerbenden Gegenstände bestimmend gewesen ist, dass der Schenker bei der Anschaffung nicht jede Vorsicht ausser Acht lassen dürfe[92]), hätte doch zu der gleichen Regelung dann führen müssen, wenn er den generisch bestimmten Gegenstand des Schenkungsversprechens seinem Bestande zu entnehmen gedenkt; denn auch hierbei kann der Schenker mehr oder weniger sorglos zu Werke gehen, weshalb ihn also, wenn er grobfahrlässig eine fremde Sache auswählt, nicht auch die Folgen seines Verhaltens in derselben Weise tragen lassen wie dort?

Besonders tadelnswert ist aber die Ausdehnung der Haftung aus § 523 Abs. II auf Speziessachen.[93]) Durch sein Versprechen übernimmt der Schenker die Verpflichtung, diesen bestimmten Gegenstand für den Beschenkten anzuschaffen. Kennt er nun beim Erwerb den Mangel, so wird er sich bemühen, ihn zu beseitigen. Wenn aber der Dritte, dessen Recht den Mangel begründet, sich nicht zum Verzicht darauf bewegen lässt, was bleibt dem Schenker da anderes übrig, als den Gegenstand mit dem Mangel zu erwerben. Ist es da wohl zu rechtfertigen, dass ihn gleichwohl die strenge Haftpflicht aus § 523 Abs. II treffen soll! Ebenso ist es natürlich verfehlt, die grobfahrlässige Unkenntnis vom Mangel beim Erwerb entscheiden zu lassen, da man ja gar nicht wissen kann, ob ihn die Kenntnis in den Stand gesetzt hätte, den Gegenstand mangelfrei zu erwerben. In Betracht kommen kann hierbei vielmehr immer nur das arglistige Verschweigen des Mangels bei Eingehung des Schenkungsvertrags, und hierfür ist es gleichgiltig, ob man den Gegenstand erst erwerben soll oder nicht. Die Aufnahme der Speziessachen in die Bestimmung des § 523 Abs. II ist also entschieden zu verurteilen.

Man hätte u. E. gut daran getan, nicht allein die Speziessachen von jeder strengeren Haftung auszuschliessen, sondern dem Vorbild des gemeinen Rechts zu folgen und bei allein generischen Schenkungsversprechen, nicht nur bei den auf einen erst zu erwerbenden Gegenstand gerichteten, dem Schenker eine Haftungs-

---

[91]) Recht d. einzeln. Schuldverh., S. 28.

[92]) Protokolle, II, S. 26.

[93]) Vgl. Schollmeyer, a. a. O., S. 28/29, und Cosack, Lehrbuch Bd. I, S. 497.

verbindlichkeit nach Massgabe des § 523 Abs. II aufzuerlegen, die man allerdings von dem hier ebenfalls geforderten Verschulden zweckmässigerweise hätte abhängig machen müssen.

2. Abschnitt.

Besondere Arten der Schenkung.

§ 19.

I. Die für die Schenkung im allgemeinen aufgestellten Grundsätze haben natürlich auch für die Schenkung unter einer Auflage Anwendung zu finden. Jedoch bringt es ihre besondere Natur mit sich, dass darüber hinaus für sie noch spezielle Bestimmungen gegeben werden mussten; denn bei ihr verbindet sich mit der Liberalität ein Nebenzweck von selbständiger Verpflichtungskraft für den Beschenkten, worauf im Falle der Mangelhaftigkeit des Geschenks billige Rücksicht zu nehmen ist.

Darüber kann kein Zweifel sein, dass der Beschenkte, solange der Schenker, der den Mangel im Recht nach § 523 zu vertreten hat, seinen Verpflichtungen noch nicht nachgekommen ist, das zur Vollziehung der Auflage Geleistete mit der condictio indebiti zurückfordern kann, wenn er sich dazu für verpflichtet gehalten hatte[94]); denn seine Verbindlichkeit zur Ausführung der Auflage entsteht erst, wenn der Schenker geleistet hat, wozu auch die Erfüllung der sich aus § 523 ergebenden Verpflichtungen gehört.

Aber auch wenn die Voraussetzungen des § 523 nicht vorliegen, kann der sub modo donatus nicht ganz schutzlos gelassen werden. Hierfür trifft § 526 Bestimmungen. Es wird hier zunächst dem Beschenkten das Recht gegeben, die Vollziehung der Auflage soweit zu verweigern, als infolge eines Mangels im Recht der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht; will der Schenker, dass die Auflage vollständig erfüllt werde, so muss er den durch den Mangel entstandenen Fehlbetrag ausgleichen. Uns interessiert besonders das andere dem Beschenkten gewährte Recht:

> „Vollzieht der Beschenkte die Auflage ohne Kenntnis des Mangels, so kann er von dem Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen insoweit verlangen, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen."

Voraussetzung für den Ersatzanspruch des Beschenkten ist hiernach, dass die Wertminderung ihren Grund in der Existenz des Mangels hat. Aber nicht der ganze Betrag der Wertminderung kann vom Beschenkten beansprucht werden, sondern nur so viel, um

---

[94]) Vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 284.

wie viel der verminderte Wert der Zuwendung hinter der Höhe der durch die Vollziehung der Auflage verursachten Aufwendungen zurückbleibt; „verursacht" sind natürlich nicht alle vom Beschenkten zwecks Erfüllung des Modus gemachten Aufwendungen, sondern nur die, welche zu seiner Vollziehung nötig gewesen sind.[95]) Beträgt z. B. der Wert des Geschenks an sich, vom Rechtsmangel abgesehen, 100, die Wertminderung 40, die Aufwendungen 70, so können nicht 40, sondern nur 70 — (100 — 40) = 10 gefordert werden.

Dagegen kann es auch sein, dass die Auflage von vornherein den Wert der Zuwendung erreichende oder gar übersteigende Ausgaben erfordert; denn das Wertverhältnis zwischen Zuwendung und Auflage ist ja an sich gleichgültig, wennauch sich hieran oft Folgerungen hinsichtlich des Charakters des Geschäfts werden knüpfen lassen. Z. B. die Zuwendung hat einen Wert von 100, der durch den Mangel um 40 vermindert ist, und aufgewendet sind 120. Dann sind Gegenstand der Ersatzklage nicht etwa 120 — (100 — 40) = 60, was zur Folge hätte, dass das ganze Geschäft für das Vermögen des Beschenkten vollständig neutral bliebe, sondern nur die 40, um die der Wert der Zuwendung infolge des Mangels sich vermindert hat. Er erleidet also einen Schaden von 20, was auch bei Abwesenheit des Mangels der Fall sein würde. Unter solchen Umständen ist allerdings der zu ersetzende Betrag gleich dem Betrage der Wertminderung.

Ist der Beschenkte zur Vollziehung der Auflage eine Verbindlichkeit eingegangen, so kann er in Höhe des nach Vorstehendem zu berechnenden Betrages gemäss § 257 Befreiung bezw. Sicherheitsleistung verlangen.

Jedoch nur dann kann der Beschenkte überhaupt einen Ersatzanspruch geltend machen, wenn er zur Zeit der Vollziehung der Auflage den Mangel nicht kannte. Das Recht geht ihm schon dann verloren, wenn er von der Existenz des Mangels Kenntnis hatte; ob er wusste, dass dadurch ein Missverhältnis zwischen Zuwendung und Auflage hervorgerufen wird, darauf kommt nichts an.[96]) U. E. hätte gerade hierauf Gewicht gelegt werden müssen, da doch in der Bewirkung der aufgelegten Leistung trotz blosser Kenntnis des Mangels unmöglich ein Verzicht des Beschenkten auf seine Rechte erblickt werden kann.

II. Die Schenkung von Todeswegen ist vom B.G.B. als ein selbstständiges Rechtsinstitut, für das besondere Rechtssätze zu gelten

---

[95]) Ebenso Planck, Anm. 1b zu § 526.
[96]) So auch Oertmann, 3b zu § 526.

hätten, nicht anerkannt. Vielmehr ist sie nach ihm entweder wie eine gewöhnliche Verfügung von Todeswegen zu behandeln oder den Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden zu unterstellen. (§ 2301.) Letzteres dann, wenn die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstands vollzogen wird (§ 2301 Abs. II.), in welchem Falle also die für die Gewährleistungspflicht des Schenkers gegebenen Bestimmungen Anwendung zu finden haben. Das Gleiche wird auch dann anzunehmen sein, wenn der Schenker das unter der Bedingung seines Vorversterbens erteilte Schenkungsversprechen bei Lebzeiten erfüllt.[97]) Nur wenn der Schenker es bei dem Schenkungsversprechen bewenden lässt, wird eine Verbindlichkeit auf den Nachlass gelegt, deren Wirkungen bezüglich der Eviktionsleistung darzustellen hier nicht der Ort ist.

III. Mit einem Worte möge endlich noch des Falles gedacht werden, dass eine Erbschaft den Gegenstand einer Schenkung bildet. Hier kann natürlich eine Gewährleistung w. M. i. R. hinsichtlich der einzelnen Gegenstände nicht in Frage kommen, sondern nur bezüglich der Erbschaft als solcher, deren rechtliche Mängel, weil sie ein Rechtsgebilde besonderer Art ist, ebenfalls durch ihre spezifische Natur ausgezeichnet sind.

Als Rechtsmangel einer Erbschaft gilt es, wenn der Veräusserer in Wirklichkeit nicht Erbe ist, wenn das Erbrecht durch das Recht eines Nacherben oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist. Ebenso, wenn es mit Vermächtnissen, Auflagen, Pflichtteilslasten, Ausgleichungspflichten oder Teilungsanordnungen beschwert, oder wenn den Nachlassgläubigern gegenüber unbeschränkte Haftung eingetreten ist. Dass für solche Mängel der Verkäufer einer Erbschaft einzustehen hat, ist im § 2376 Abs. I bestimmt. Für die Schenkung hingegen kann von einer schlechthin geltenden Gewährleistungspflicht keine Rede sein, und es ist nur billig, wenn der Schenker einer Erbschaft im § 2385 Abs. II S. 2 von der den Verkäufer treffenden Haftung für befreit erklärt wird. Ebenso gerechtfertigt ist es aber auch, dass ihm a. a. O. im Fall des arglistigen Verschweigens die Pflicht zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens auferlegt wird, ganz dem allgemeinen in § 523 Abs. I ausgesprochenen Grundsatz entsprechend, dessen Auslegung daher auch hier in vollem Umfange zur Anwendung zu bringen ist.

---

[97]) Vgl. Endemann, Einf., III, S. 270.

Litteratur-Verzeichnis.

Arndts, Pandekten, 10. Aufl.
Ders. bei Glück, Erläuterungen, Bd. 46.
Bachofen, Römisches Pfandrecht.
Baron, Pandekten, 5. Aufl.
Bekker in seinen und Muther's Jahrbüchern, Bd. 6 Nr. 8.
Berndorff, Die Gattungsschuld, 1900.
Blohm, Eviktionsleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen, Götting. Diss. 1891.
Böcking, Pandekten, 2. Aufl. 1853.
Brinz, Pandekten, 2. Aufl.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.
Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B.
Dernburg, Pandekten, 6. Aufl.
Ders., Preussisches Privatrecht, 5. Aufl.
Ders., Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs.
Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums, 1874.
Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., 7. Aufl.
Entwurf I und II eines B.G.B.
Fabian, Die Gewährleistungspflicht des Schenkers nach röm. und gem. Recht, sowie dem Recht des B.G.B., Erlang. Diss., 1899.
Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht, 7. Aufl.
Glück, Pandektenerläuterung, Bd. 20.
Hartmann, Die Obligation.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
Hölder, Pandekten.
Ihering in seinen und Gerber's Jahrbüchern, Bd. 4.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte.
Kipp in Windscheid's Pandekten.
Koch, Recht der Forderungen, 2. Aufl., 1859.
Liebe in Weiske's Rechtslexikon, Bd. 4 S. 811 ff.
Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd. 1 S. 1 ff.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.
Meisner, Kommentar zum B.G.B.
Metz, Haftung für Eviktion bei Schenkungen und Vermächtnissen, Erlang. Diss., 1895.
Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 1.
Ders., Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Heft 2.
Motive zu dem Entwurf eines B.G.B.
Müller, Zur Lehre von der Eviktionsleistung, 1851.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.
Pernice, M. Antistius Labeo.

Planck, Kommentar zum B.G.B.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines B.G.B.
Puchta, Institutionen, 9. Aufl.
Ders., Vorlesungen, 5. Aufl.
Römer in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 23 Abh. 1.
Salkowski bei Glück, Bd. 49.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 4.
Schliemann, Haftung des Cedenten, 2. Aufl., 1850.
Schilling, Römisches Privatrecht.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.
Ders., Kommentar zum allg. Teil des Rechts d. Schuldv.
Schweppe, Juristisches Magazin, Bd. 1, Heft 1.
Sintenis, Civilrecht, 3. Aufl., 1868.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.
Thibaut, Civilistische Abhandlungen No. 4.
Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen.
v. Vangerow, Pandekten, 7. Aufl.
v. Wächter, Pandekten.
Wendt, Pandekten.
Wilke u. A., Kommentar zum B.G.B.
Windscheid, Pandekten, 8. Aufl.